تكملة

حاشية رد المحتار

لخاتمة المحققين محمد أمين الشهير بابن عابدين

على

الدر المختار شرح تنوير الأبصار

في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان

المجلد السابع

دار الفكر
للطباعة والنشر والتوزيع
بيروت

حاشية
قرة عيون الأخيار
تكملة
رد المحتار على الدر المختار
شرح تنوير الأبصار
في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان

لسيدي محمد علاء الدين أفندي
نجل المؤلف

وقد وضع الشرح والمتن بأعلا الصحائف
وبأسفل الصحائف تقارير لبعض العلماء

الجزء السابع

الطبعة الثانية
١٣٨٦ هـ - ١٩٦٦ م

دار الفكر
١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م

« مَنْ يُرِدِ اللهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ فِي الدِّينِ »

« حديث شريف »

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله المتوحد بإبداع المصنوعات ، المتفرد باختراع المخلوقات ، المنزه عن التحيز والسكون والحركات ، المخصوص بقدم الأسماء والصفات ، القريب ممن دعاه لابقرب المسافات ، المجيب لمن ناجاه بإخلاص الدعوات ، الذى يغفر الذنوب ، ويستر العيوب ، ويقبل التوبة عن عباده ويعفو عن السيئات ، العالم بمكنون الأسرار ومصون الخفيات ، الخبير فلا يخفى عليه مثقال ذرة فى الأرض ولا فى السموات ، السميع فلا يعزب عن سمعه اختلاف الأصوات ، البصير يرى دبيب النمل وذرات الرمل فى الظلمات ، الواحد الأحد فلاثانى له فى الكائنات ، الفرد الصمد المنزه عن البنين والبنات ، الباقى على الأبد ويفنى كل أحدو يقضى عليه بالممات ؛ فسبحانه من إله لايحمد على المكروه سواه مميت الأحياء ومحيى الأموات ، أبكى الآباء والأمهات ، وأيتم البنين والبنات ، يثيب على الطاعات والصدقات ويضاعف الأجور على نشر العلوم النافعات ، فتح بصائر أوليائه للاعتبار والتفكر فى الآيات ، ونور قلوبهم بنور الإخلاص وقدسهم من شواغل الأسباب وشوائب المكدرات ، تقلبهم يد الألطاف فى مهد الكرامات والعنايات فترضعهم ثدى العطف وتفطمهم عن الشهوات ، المانعة من القرب والمشاهدات ، وأهل أذهانهم لفهم معانى العبارات ، والرموز والإشارات ، وتنقيح الأحكام والمبانى وحل المشكلات ، حتى صيروها من أوضح الواضحات ؛ مهد لهم فرش الأعمال بلين الصفاء فاستعذبوا طيب الخلوة مع الحبيب لتحرير العلوم وخدمة شريعة سيد السادات — تتجافى جنوبهم عن المضاجع — يتلذذون بالسهر وترك المستلذات ، زهوا نفوسهم عن عبادة الهوى فأضحت أطيار أرواحهم تسرح فى رياض الملكوت بين جنات ، له الشكر على ما أنعم علينا بمعرفتهم وخدمتهم وأنعم عليهم بأن هداهم بعنايته الأزلية وهدايته لأكمل الحالات ، بفتح القدير والنعم المختارات ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد المكمل لأمته كل نقص وثلم بأوضح شريعة ومعجزات ،

صاحب المعراج غاية البيان ، منحة الخالق السراج الوهاج ، حاوى المقامات الشامخات ، وعلى آله زواهر الجواهر ودرر البحار ، ذوى المناقب والخصوصيات ، وأصحابه البحور الزواخر ، وتنوير الأبصار الناصرين له فى الأعصر الخاليات ، بصفاء النيات ، وحسن الطويات والتابعين النجوم الزواهر وخزائن الأسرار الحائزين أعلى الفضل والكمالات ، والأئمة المجتهدين الأكابر ذوى الفيض المدرار المبرئين من الشبهات والتبعات والترهات الفاسدات ، لا سيما إمامنا الأعظم ذو الفضل الأقدم الكوكب الزاهر ، والإمام الباهر ، الدر المختار ، والعلم الراسخ ذو الثبات ، القائم بالأوامر والزواجر ، راد لهفة المحتار ، صاحب الكرامات الفاضلات ، صلاة وسلاما دائمين متلازمين ما تعاقب الليل والنهار ومرت الأوقات ، وعرج للسماء نبى وضاء مصباح ، وما هبت نسمات الأسحار وفى كل الساعات ؛ لا تنقطع لحظة من اللحظات ، من إله كريم عظيم رب رحيم مقيل العثرات ، وغافر الزلات :

[أما بعد] فيقول فقير رحمة ربه ، وأسير وصمة ذنبه ، « محمد علاء الدين بن السيد محمد أمين ابن السيد عمر عابدين » غفر الله تعالى ذنوبهم ، وملأ من زلال العفو ذَنُوبهم ، آمين : إنه لما سبقت الإرادة الإلهية ، والمشيئة الرحمانية ، بوفاة سيدى الوالد قبل إتمامه تبييض (حاشية رد المحتار ، على الدر المختار ، شرح تنوير الأبصار) فإنه رحمه الله تعالى ونوّر ضريحه ، وجعل أعلا الجنان ضجيعه لما وصل إلى أثناء شتى القضاء من هذا الكتاب ، اشتاق إلى مشاهدة رب الأرباب ، فنقل من دار الغرور ، إلى جوار مولاه الغفور ؛ وكان رحمه الله تعالى بدأ أولا فى التسويد من الأول إلى الآخر ثم شرع فى التبييض فبدأ أولا من الإجارة إلى الآخر ؛ ثم من أول الكتاب إلى انتهاء هذا التحرير الفاخر ، وترك على نسخته الدر بعض تعليقات ، وتحريرات واعتراضات ، قد كاد تداول الأيدى أن يذهبها ، لعدم من يذهبها مذهبها ، وكان قد جرى الأمر بطبعها فى بولاق المصرية ، فجمعتها برمتها بدون زيادة حرف بالكلية ، وأرسلتها فطبعت ثمة ، حرصا على فوائدها الجمة ؛ وكان كثيرا ما يخطر لى زيادتها مع ضم تحريرات ، وبعض فروع وتقريرات ، لكن لم تساعد الأقدار ، لا سيما مع شغل الأفكار ، وقلة البضاعة ، فى هذه الصناعة ، حتى سافرت للأستانة العلية ، دار الخلافة السنية ، عام خمس وثمانين بعد المائتين والألف ، من هجرة من تم به الإلف ، وزال به الشقاق والخلف ، صلى الله تعالى وسلم عليه وعلى آله وصحبه ألفا بعد ألف ، ووظفت عضوا فى الجمعية العلمية ، التابعة لديوان أحكام العدلية ، لجمع المجلة الشرعية ، تحت رياسة حضرة الوزير المعظم ، والمشير المفخم ، مدبر أمور جمهور الأمم ، الجامع بين مرتبتى العلم والعلم ، والحائز لفضيلتى السيف والقلم ، صاحب الدولة أحمد جودت باشا ، بلغه الله تعالى من الخيرات ما شاء ، وأسعد أيامه وحرسها ، وألقى محبته فى القلوب وغرسها ، ولا زالت أعلام دولته مبتسمة الثغور ، وأرقام رفعته منتظمة السطور ، على مدى الدهور ، آمين .

وبعد إقامتى مدة تقرب من ثلاث سنين قدمت الاستعفاء ، لما فى قلبى من الرمضاء ، من فراق الأوطان والأهل والخلان ، فأمرنى قبل سفرى من أمره مطاع ، وواجب الاستماع ، أن أتم نقصها ، وأتلاف ثلمها ، حين وصولى إلى الوطن ، وقرارى بالسكن .

فلما رجعت بعد ثلاث سنين من سفرى إلى وطنى دمشق الشام ، ذات الثغر البسام ، استخرت الله تعالى المرة بعد المرة ، والكرة بعد الكرة ، فى تكملة الخرم ، معتمدا على الله تعالى فى الحزم ، ومتوكلا عليه فى سائر الأمور فى أن يحفظنى من الخطإ والخلل ، والهفوات والزلل ، ومتوسلا إليه بنبيه النبيه المكرم ، صلى الله تعالى عليه وسلم ، وبأهل طاعته من كل مقام على معظم ، وبقدوتنا الإمام الأعظم ، أن يسهل على

ذلك من إنعامه ، ويعيننى على إكماله وإتمامه ، وأن يعفو عن زللى ، ويتقبل منى عملى ، ويجعل ذلك خالصا لوجهه الكريم ، يوم لا ينفع مال ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم ، وينفع به العباد ، فى عامة البلاد ، من ساكن وباد ، وأن يسلك بى سبيل الرشاد ، ويلهمنى الصواب والسداد ، ويستر عوراتى ، ويغفر خطيئاتى ويسمح عن هفواتى وزلاتى ، فإنى متطفل على ذلك ، لست من فرسان تلك المسالك ، وهيهات لمثلى أن يكون له اسم فى طرس ، أو أن يكون له فى صحيفة غرس ، بل أن يكون له فى الناس ذكر ، أو أن يخطر فى بال أو يمر على فكر ، فقد أوثقتنى الذنوب والخطيئات ، وأقعدتنى عن إدراك أدنى الدرجات ، مع قصور باعى واندراس رباعى ، وجمود فهمى وفكرى ، وخمود ذكرى ؛ وإنى لأستحى من ذلك ، فقد أوقعت نفسى فى المهالك ، وصيرتها مرمى سهام الألسن ، وموقع النظر الشزر من الأعين ، حيث تجرأت على أمر غير سهل ، مع كونى لست له بأهل ، وتشبهت بالسادات الأعلام ، الذين هم مصابيح الظلام . وهيهات أن يدرك السباق مقعد ، أو أن يسلك الطريق مصفد ، أو أن يقرب من عرين الأسد ابن آوى ، أو أن يشبه الحبارى البازى ، ولو لم يكن له فى الجسم ساوى ، وما أشبه قول القائل بحالتى ، التى كان منها على مثل هذا جراءتى :

أيها المدعى ولاء سليم　　　لست منهم ولا قلامة ظفر
إنما أنت فى سليم كواو　　　ألحقت بالهجاء ظلما بعمرو

ولكن أخفض على نفسى ، وأسليها بالتأسى ، وأتمثل بقول الشهاب السهروردى :

فتشبهوا إن لم تكونوا مثلهم　　　إن التشبه بالكرام فلاح

وإنى أسأل الله تعالى من طوله ، وأستعدّ بقوته وحوله ، فى أن يحفظنى من الخطإ والخلل ، ويحسن ختامى عند منتهى الأجل ، وما توفيقى إلا بالله القريب المجيب ، عليه توكلت وإليه أنيب ، وألتمس من الناظر لهذه التكملة أن يلحظها بعين القبول والصفاء ، لا بعين الحسد والجفاء ، فإن الجسد ، لا يخلو عن الحسد ، ولكن الكريم يخفيه ، واللئيم يبديه ، وأن لا ينسى جامعها وأولاده ، ومظهرها وكاتبها وقارئها من دعائه المستجاب ، وثنائه المستطاب ، ولا يحكم بشىء منها حتى يراجع أصله المنقولة عنه والمعزوة إليه ، وإن لم يكن ثمة عزو فإلى تحارير سيدى الوالد فإنى غير واثق بنفسى أتم الوثوق ، فإن البراع قد يطوش ، ويغير عن مجاله تلك النقوش ، ولا يبادر علىّ بالاعتراض والملام ، فليست أول قارورة كسرت فى الإسلام ، ويصلح ما كبا به القلم ، أو زلت به القدم ، فقد قدمت بين يديهم عذرى ، وكشفت لهم عن حقيقة أمرى ، فإن الله لا يضيع أجر المحسنين ، وهو يقبل عثرات المقيلين . وقد سميت ما عنيت جمعه من هذه التكملة بـ [قرة عيون الأخيار ، لتكملة رد المحتار ، على الدر المختار ، شرح تنوير الأبصار] .

وحيث قلت سيدى فالمراد به سيدى الوالد ، أو بعض الأفاضل فالمراد الرحمتى أو الفتال ، والكمال محال لغير ذى الجلال ، وعلى الله تعالى الاتكال ، فى المبدإ والمآل .

وكان إتمامها فى عصر حضرة مولانا السلطان الأعظم ، والخاقان الأعدل الأكرم ، ملك ملوك العرب والعجم ، ظل الله الممدود على الأمم ، مجدد قوانين العدل والإنصاف ، وموطد دعائم بنيان المراحم والألطاف ، سلطان البرين ، وخاقان البحرين ، وخادم الحرمين الشريفين ، فاروق السيرة والشيم ، علوىّ الشهامة والهمم خليفة الله تعالى فى الأرض ، ناشر لواء المراحم فى طولها والعرض ، ملك أنام الأنام فى ظل أمانه ، وشمل العباد بسجال لطفه وإحسانه ، حافظ بيضة الدين ، وحامى شريعة سيد المرسلين ، أمير المؤمنين ، ملجأ عامة المسلمين

بل كافة الناس أجمعين ، معمر الأمصار والبلاد ، مدمر أهل الشر والفساد ، قامع البدع والظلم ، ومؤيد السنة بالعدل والحلم ، المؤيد المظفر المعان ، والمحفوف بعناية الملك الديان ، صاحب العساكر القاهرة ، المبيدة كل فئة باغية فاجرة ، بصوارم سيوف تقطف حروفها أعناق المعتدين ، وأهلة قسى ترسل نجوم سهامها على شياطين البغاة والمتمردين ، ورايات تخفق قلوب الأعداء لخفقانها ، وتخفض رتبهم لرفع شأنها ، لايرتاب متأمله فى أنه البحر والعساكر أمواجه ، ومراحمه الدر الذى يظفر بها طلاب العرف وأفواجه ، السلطان ابن السلطان ابن السلطان ، السلطان عبد العزيز خان ابن السلطان الغازى محمود خان ، ابن السلطان الغازى عبد الحميد خان خلد الله تعالى ملكه وجعل الدنيا بأسرها ماملكه ، وأدام سعادة أيامه ، وجعل البسيطة قبضة يديه وطوع أحكامه ، ولازال لواء عدله المنشور ، إلى يوم النشور ، ولابرحت الأيام على يديه دائرة ، ووجوه السعادة إلى مساعيه سافرة ، وأجنحة النعم بأبوابه مقصورة وبأنبائه طائرة ، وعزائم التوفيق لآرائه مسخرة وبأعدائه ساخرة ، مرفوعة أعلام دولته إلى محيط القبة الخضرا ، وأوجد له فى كل مكان وزمان عزا ونصرا ، ومسرة وبشرى . ولا زالت سلسلة سلطنته مسلسلة إلى انتهاء سلسلة الزمان ، رافلا فى حلل السعادة والسيادة والرضا والرضوان ، ولا زال الوجود بدوام خلافته سنيا عامرا ، ولا برح الإيمان فى أيام سلطنته قويا ظاهرا ، ووفق وكلاءه الفخام ، ووزراءه العظام ، وعماله إلى السعى فى صلاح الملك والملة فى كافة بلاده وولاياته ، وجمع القلوب كافة على طاعته وتحصيل مرضاته ، آمين .

أمين آمين لا أرضى بواحدة حتى أضم إليها ألف آمينا

وفى يمن أيام حضرة صاحب الفخامة والدولة الصدر الأعظم ، والمشير الأفخم ، مدبر أمور جمهور الأمم الجامع بين مرتبتى العلم والعلم ، مع قوة اليقين ، والحائز فضيلتى السيف والقلم بالتمكين ، ورياستى الدنيا والدين ، قرة عين المملكة والوزارة ، سيف الدولة السلطانية ، ولسان الصولة الخاقانية ، مؤيد دولة الملوك والسلاطين ، ملجأ الفقراء والضعفاء والمنقطعين ؛ ألا وهو حضرة ولى النعم ، المتخلق بأخلاق سميه فخر العالم صلى الله تعالى عليه وسلم ، الوزير الأفخم ، والصدر الأعظم ، السيد أحمد أسعد باشا المعظم ، لا زالت عتبة بابه صدرا للواردين ، وما برح سلاح جنابه فى رقاب الحاسدين ، وأطال الله تعالى عمره ، وأدام عزه ومجده ودولته ، آمين .

وفى مدة يمن أيام مشيخة سماحة دولة حضرة المولى الأعظم ، والسيد الكبير الأفخم ، الجامع بين الرتبتين الشريفتين العلم والعمل بقوة اليقين ، والمحفوظ بعناية الله تعالى من الزلل بالتمكين ، الحائز لرياستى الدنيا والدين ، شيخ الإسلام والمسلمين ، ملك العلماء المحققين ، عين الأئمة المدققين ، نعمة الله تعالى فى هذا العصر على الأنام ، ملاذ الأفاضل الكرام ، مرجع الخاص والعام ، حضرة مولانا صاحب الدولة والإقبال ، والسماحة والأفضال ، خواجة شهريارى حسن فهمى أفندى ، لا زالت الفتيا مشرفة ببنانه ، وأحكام الشريعة مشيدة وموضحة ببيانه ، وأبقاه عقدا فى جيد الدهر يتلألأ بالدرر ، وأقر عينه بمحابه ونجله الإمام اللوذعى الأبر ، سيدنا صاحب السماحة الهمام السميدعى حيدر ، ووقاهما كل حاسد ترمى عينه بالشرر ، آمين .

وقد جاءت هذه التكملة من فيض فضله تعالى ، وجود كرمه الذى به نتغالى ، قرة لعين قاريها ، ودرة لتاج داريها ، وبلغة لمعانيها ، وخاض فى بحار معانيها ، وكفاية للطالبين ، وحجة للمفتين ، ومحجة للمستفتين ، حاوية لدرر الفوائد ، خاوية عن مستنكرات الزوائد ، جمعتها من معتمدات المذهب ، التى إليها يذهب ، وضممت إلى ذلك بعض تحريرات وتأييد ، أو بعض استدراكات أو تقوية أو تقييد ، فلا غرو حينئذ أن

تكون العمدة فى المذهب ، والحرى بأن تكتب بماء الذهب ، مستعينا بكريم غفار حكيم ستار ، مقيل العثرات ، ومجيب الدعوات ، وقاضى الحاجات ، ومستشفعا بمشرع هذه المشروعات ، من لا ترد له شفاعات عليه أفضل الصلوات وأزكى التحيات ، وعلينا وعلى أعزائنا معه يارب البريات ، هذا .

وإنى أروى [الدر المختار ومتنه تنوير الأبصار ، وحاشية رد المحتار] وكذا بقية كتب الفقه وغيرها من سائر العلوم والفنون عن أئمة أخيار ، من شاميين ومكيين ومصريين عراقيين وروميين وغيرهم من أهل الفضل والاستبصار ، ومن أجلهم وأكثرهم إفادة لى ومداومة لديه وقراءة عليه سيدى العالم العلامة ، والعمدة الفهامة ، علامة المعقول والمنقول ، والمستخرج بغواص فكره ما يعجز عنه الفحول ، الشيخ محمد هاشم أفندى التاجى البعلى رحم الله تعالى روحه ، ونور مرقده الشريف وضريحه ، وجعل أعلى الجنان بلوغه ومقيله ومن أجلهم علامة زمانه على الإطلاق ، من انتهت إليه الرياسة باستحقاق ، الإمام المتقن ، والعلامة المتفنن العلامة الثانى ، من لايوجد له ثانى الحسيب النسيب ، الفاضل الأديب ، الجامع بين شرفى العلم والنسب ، والمستمسك بمولاه بأقوى سبب ، والجامع بين الشريعة والحقيقة ، وعلوم المعقول والمنقول والتصوف والطريقة أعلم العلماء العاملين ، أفضل الفضلاء الفاضلين ، سيدى وعمدتى علامة الأنام ، مرجع الخاص والعام ، والدى المرحوم الشيخ السيد الشريف محمد أمين عابدين ابن السيد الشريف عمر عابدين ابن السيد الشريف عبد العزيز عابدين ابن السيد الشريف أحمد عابدين ابن السيد الشريف عبد الرحيم عابدين ابن السيد الشريف نجم الدين ابن السيد الشريف العالم الفاضل الولى الصالح الجامع بين الشريعة والحقيقة ، إمام الفضل والطريقة ، محمد صلاح الدين الشهير بعابدين ابن السيد الشريف نجم الدين ابن السيد الشريف محمد كمال ابن السيد الشريف تقى الدين المدرس ابن السيد الشريف مصطفى الشهابى ابن السيد الشريف حسين ابن السيد الشريف رحمة الله ابن السيد الشريف أحمد الثانى ابن السيد الشريف على ابن السيد الشريف أحمد الثالث ابن السيد الشريف محمود ابن السيدالشريف أحمد الرابع ابن السيد الشريف عبد الله ابن السيد الشريف عزالدين عبدالله الثانى ابن السيدالشريف قاسم ابن السيد الشريف حسن ابن السيد الشريف إسماعيل ابن السيد الشريف حسين النتيف الثالث ابن السيد الشريف أحمد الخامس ابن السيد الشريف إسماعيل الثانى ابن السيد الشريف محمد ابن السيد الشريف إسماعيل الأعرج ابن الإمام جعفر الصادق ابن الإمام محمد الباقر ابن الإمام زين العابدين ابن الإمام حسين ابن البتول ، هى الزهراء فاطمة بنت الرسول ، صلى الله تعالى عليه وسلم وعليها وعلى جميع آله وصحبه آمين .

فإنه رحمه الله تعالى ولد فى سنة ثمان وتسعين بعد المائة والألف فى دمشق الشام ، ونشأ فى حجر والده ، وحفظ القرآن العظيم عن ظهر قلب وهو صغير جدا ، وجلس فى محل تجارة والده ليألف التجارة ويتعلم البيع والشراء ، فجلس مرة يقرأ القرآن العظيم فمر رجل لايعرفه فسمعه وهو يقرأ فزجره وأنكر قراءته ، وقال له : لا يجوز لك أن تقرأ هذه القراءة أولا ، لأن هذا المحل محل التجارة والناس لايستمعون قراءتك فيرتكبون الإثم بسببك ، وأنت أيضا آثم ، وثانيا قراءتك ملحونة ، فقام من ساعته وسأل عن أقرأ أهل العصر فى زمنه فدله واحد على شيخ القراء فى عصره وهو الشيخ سعيد الحموى ، فذهب لحجرته وطلب منه أن يعلمه أحكام القراءة بالتجويد ، وكان وقتئذ لم يبلغ الحلم ، فحفظ الميدانية والجزرية والشاطبية ، وقرأها عليه قراءة إتقان وإمعان حتى أتقن فن القراءات بطرقها وأوجهها ثم اشتغل عليه بقراءة النحو والصرف وفقه الإمام الشافعى ، وحفظ متن الزبد وبعض المتون من النحو والصرف والفقه وغير ذلك ، ثم حضر على شيخه علامة زمانه وفقيه عصره وأوانه السيد محمد شاكر السالمى العمرى ابن المقدم سعد الشهير والده بالعقاد الحنفى ، وقرأ عليه علم

المعقول والحديث والتفسير ، ثم ألزمه بالتحول لمذهب سيدنا أبى حنيفة النعمان الإمام الأعظم عليه الرحمة والرضوان ، وقرأ عليه كتب الفقه وأصوله حتى برع وصار علامة زمنه فى حياة شيخه المذكور ، وألف حاشيتين على شرح المنار للعلائى كبرى وصغرى ، سمى إحداهما نسمات الأسحار على إفاضة الأنوار شرح المنار ، والثانية لم يخطر لى اسمها لأنها فقدت عند مفتى مصر الشيخ التميمى رحمه الله تعالى وألف ثبتا لأسانيد شيخه سماه العقود اللآلى فى الأسانيد العوالى ، وشرح الكافى فى العروض والقوافى ، وكتب فى آخر هذا الشرح تم فى سنة خمس عشرة ومائتين وألف ، وكان سنه سبع عشرة سنة ، ورسالة سماها رفع الاشتباه عن عبارة الأشباه ، وحاشية على شرح النبذة سماها فتح رب الأرباب على لب الألباب شرح نبذة الإعراب وغير ذلك ، وذلك فى حياة شيخه المرقوم ، ثم توفى شيخه المرقوم فى اليوم الرابع من محرم الحرام سنة اثنتين وعشرين ومائتين وألف ، وكان يقرأ عليه البحر والهداية وشروحها ، وكانت وفاته فى أثناء قراءته الكتب المذكورة ، وكان من جملة من حضر مع سيدى الوالد على شيخه المذكور أكبر التلامذة ، وهو علامة زمانه ، وفقيه عصره وأوانه ، فقيه النفس الشيخ محمد سعيد الحلبى الشامى ، فأتم سيدى الوالد قراءته الكتب المذكورة عليه ، وحضر معه لإتمام الكتب المذكورة بقية التلامذة والطلبة الذين كانوا يداومون على الشيخ محمد شاكر المذكور ، ثم شرع فى تأليف [رد المحتار على الدر المختار] وفى أثنائها ألف العقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية . وله من المؤلفات حاشية على حاشية الحلبى المدارى سماها رفع الأنظار عما أورده الحلبى على الدر المختار ، وحاشية على البيضاوى ، وحاشية على المطول ، وحاشية على شرح الملتقى ، وحاشية على النهر إلا أنهما لم يجردا من الهوامش ، وحاشية على البحر سماها منحة الخالق على البحر الرائق ، وله مجموع جمع فيه من نفائس الفوائد النثرية والشعرية ، وعرائس النكات والملح الأدبية ، والألغاز والمعميات ، ما يروق الناظر ، ويسر الخاطر ، ومجموع آخر ذكر فيه تاريخ علماء العصر وأفاضلهم ، جعله ذيلا لتاريخ المرادى الذى هو ذيل لتاريخ جده لأمه العلامة المحبى الذى هو ذيل لريحانة الخفاجى ، وله العقود اللآلى فى الأسانيد العوالى المتقدم ذكره ، وشرح رسالة البركوى فى الحيض والنفاس ، سماه منهل الواردين من بحار الفيض على ذخر المتأهلين لمسائل الحيض ، وشرح منظومته رسم المفتى والرحيق المختوم شرح قلائد المنظوم فى الفرائض ، وكتاب تنبيه الولاة والحكام ، وله رسائل عديدة ناهزت الثلاثين فى جملة فنون : منها نشر العرف فى بناء بعض الأحكام على العرف ، ورسالة فى النفقات لم يسبق لها نظير اخترع لها ضابطا جامعا مانعا ، والفوائد العجيبة فى إعراب الكلمات الغريبة ، وإجابة الغوث فى أحكام النقباء والنجباء والأبدال والغوث ، والعلم الظاهر فى نفع النسب الطاهر وذيلها ، وتنبيه الغافل والوسنان فى أحكام هلال رمضان ، والإبانة فى الحضانة ، وشفاء العليل وبل الغليل فى الوصية بالختمات والتهاليل ، ورفع الانتقاض ودفع الاعتراض فى قولهم الأيمان مبنية على الألفاظ لا على الأغراض ، وتحرير العبارة فيمن هو أولى بالإجارة ، وإعلام الأعلام فى الإقرار العام ، وجملة رسائل فى الأوقاف ، وتنبيه الرقود ، وسل الحسام الهندى ، وغاية المطلب والفوائد المخصصة ، وتحبير التحرير ، وتنبيه ذوى الأفهام ، ورفع الاشتباه ، وتحرير النقول ، والعقود الدرية ، وغاية البيان ، والدرر المضيئة ، ورفع التردد وذيلها ، والأقوال الواضحة الجلية ، وإتحاف الذكى النبيه ، ومناهل السرور ، وتحفة الناسك فى أدعية المناسك ، وغير ذلك. وله مجموع أسئلة عويصة ، وله فى مدح شيخه مقامات كمقامات الحريرى ، وله نظم الكنز ، وله قصة المولد الشريف النبوى .

وأما تعاليقه على هوامش الكتب وحواشيها ، وكتابته على أسئلة المستفتين والأوراق التى سوّدها بالمباحث الرائقة والرقائق الفائقة ، فلا يكاد أن تحصى ولا يمكن أن تستقصى .

وبالجملة فكان شغله من الدنيا التعلم والتعليم ، والتفهم والتفهيم ، والإقبال على مولاه ، والسعى فى اكتساب رضاه ، مقسما زمنه على أنواع الطاعات ، والعبادات والإفادات ، من صيام وقيام ، وتدريس وإفتاء وتأليف على الدوام . وكان له ذوق فى حل مشكلات القوم ، وله بهم الاعتقاد العظيم ، ويعاملهم بالاحترام والتكريم .

وأخذ طريق السادة القادرية ، عن شيخه المذكور ذى الفضل والمزية ، حتى أخبر عنه من يوثق بصلاحه ودينه ممن صحبه فى سفره من تلامذته : إنى ما وجدت عليه شيئا يشينه فى دنياه ولا فى دينه . وكان حسن الأخلاق والسمات ، ما سمعته فى سفرى معه فى طريق الحاج تكلم بكلمة أغاظ بها أحدا من رفقائه وخدمه ، أو أحدا من الناس أجمعين ، اللهم إلا إن رأى منكرا فيغيره من ساعته على مقتضى الشريعة المطهرة العادلة ، وكانت ترد إليه الأسئلة من غالب البلاد ، وانتفع به خلق كثير من حاضر وباد .

وكان رحمه الله تعالى جعل وقت التأليف والتحرير فى الليل فلا ينام منه إلا ما قل ، وجعل النهار للدروس وإفادة التلامذة وإفادة المستفتين ، ويلاحظ أمر دنياه شريكه من غير أن يتعاطى بنفسه ، وكان فى رمضان يختم كل ليلة ختما كاملا مع تدبر معانيه وكثيرا مايستغرق ليله بالبكاء والقراءة ، ولا يدع وقتا من الأوقات إلا وهو على طهارة ، ويثابر الوضوء على الوضوء .

وكان رحمه الله تعالى حريصا على إفادة الناس وجبر خواطرهم ، مكرما للعلماء والأشراف وطلبة العلم ، ويواسيهم بماله . وكان كثير التصدق على ذوى الهيئات من الفقراء الذين لا يسألون الناس إلحافا ، وكان غيورا على أهل العلم والشرف ناصرا لهم دافعا عنهم ما استطاع . وكان مهابا مطاعا نافذ الكلمة عند الحكام وأعيان الناس ، يأكل من مال تجارته بمباشرة شريكه مدة حياته . وكان رحمه الله تعالى ورعا دينا عفيفا ، حتى أنه عرض عليه خمسون كيسا من الدراهم لأجل فتوى على قول مرجوح فردها ولم يقبل ، وقد امتنع عن شراء العقارات الموقوفة التى عليها كدك أو محاكرة أو قيمة أو بالإجارتين ، وكان وقف جده لأم أبيه مشروطا نظره للأرشد من ذرية الواقف ، فامتنع من توليته وسلمه لأخيه . ولم يتفق له قبول هدية من ذى حاجة أو مصلحة .

وكان رحمه الله تعالى طويل القامة شثن الأعضاء والأنامل ، أبيض اللون أسود الشعر ، فيه قليل الشيب لو عدّ شيبه لعد مقرون الحاجبين ، ذا هيبة ووقار ، وهيئة مستحسنة ونضار ، جميل الصورة حسن السريرة ، يتلألأ وجهه نورا ، حسن البشر والصحبة ، من اجتمع به لا يكاد ينساه لطلاوة كلامه ولين جانبه وتمام تواضعه على الوجه المشروع ، كثير الفوائد لمن صاحبه والمفاكهة ، ومجلسه مشتمل على الآداب وحسن المنطق والإكرام للواردين عليه من أهله ومحبيه وتلامذته ومصاحبيه ، كل من جالسه يقول فى نفسه أنا أعز عنده من ولده ، مجلسه محفوظ من الفحش والغيبة والتكلم بما لا يعنى ، لا تخلو أوقاته من الكتابة والإفادة والمراجعة للمسائل ، صادق اللهجة ذا فراسة إيمانية وحكمة لقمانية ، متين الدين لا تأخذه فى الله لومة لائم ، صداعا بالحق ولو عند الحاكم الجائر تهابه الحكام والقضاة وأهل السياسة . كانت دمشق فى زمنه أعدل البلاد وللشرع بها ناموس عظيم ، لا يتجاسر أحد على ظلم أحد ولا على إثبات حق بغير وجه شرعى ولا فى غالب البلاد القريبة

منها ، فإنه كان إذا حكم على أحد بغير وجه شرعى جاءه المحكوم عليه بصورة حجة القاضى فيفتيه ببطلانه ويراجع القاضى فينفذ فتواه ، وقل أن تقع واقعة مهمة أو مشكلة مدلهمة فى سائر البلاد أو بقية المدن الإسلامية أو قراها إلا ويستفتى فيها مع كثرة العلماء الأكابر والمفتين فى كل مدينة ، وكانت أعراب البوادى إذا وصلت إليهم فتواه لا يختلفون فيها مع جهلهم بالشريعة المطهرة ، وكانت كلمته نافذة ، وشفاعته مقبولة ، وكتابته ميمونة ، ما كتب لأحد شيئا إلا وانتفع به لصدق نيته وحسن سريرته ، وقوة يقينه ، وشدة دينه ، وصلابته فيه .

وكان رحمه الله تعالى مغرما بتصحيح الكتب والكتابة عليها ، فلا يدع شيئا من قيد أو اعتراض أو تنبيه أو جواب أو تتمة فائدة إلا ويكتبه على الهامش ويكتب المطالب أيضا . وكانت عنده كتب من سائر العلوم لم يجمع على منوالها ، وكان كثير منها بخط يده ولم يدع كتابا منها إلا وعليه كتابته ، وكان السبب فى جمعه لهذه الكتب العديمة النظير والده ، فإنه كان يشترى له كل كتاب أراده ويقول له اشتر ما بدالك من الكتب وأنا أدفع لك الثمن فإنك أحييت ما أمته أنا من سيرة سلفى ، فجزاك الله تعالى خيرا يا ولدى وأعطاه كتب أسلافه الموجودة عنده من أثرهم الموقوفة على ذراريهم ، وعندى بعض منها ولله تعالى الحمد .

وكان رحمه الله تعالى حريصا على إصلاح الكتب ؛ لا يمر على موضع منها فيه غلط إلا أصلحه وكتب عليه ما يناسبه ، وكان حسن الخط حسن القشط ، قبل أن يرى من يكتب مثله على الفتاوى وعلى هوامش الكتب فى الجودة وحسن الخط وتناسق الأسطر وتناسبها ، ولا يكتب على سؤال رفع إليه إلا أن يغيره غالبا .

وكان رحمه الله تعالى فقيه النفس انفرد به فى زمنه . بحاثا ما باحثه أحد إلا وظهر عليه . وقد حكى تلميذه صاحب الفضيلة العلامة محمد أفندى جابى زاده قاضى المدينة المنورة أن شيخ الإسلام عارف عصمت بك مفتى السلطنة بدار الخلافة العلية قال له إنى كنت أؤمل أن تطلب لى الإجازة من شيخك للتبرك ، وكان تلميذه العلامة الشيخ محمد أفندى الحلوانى مفتى بيروت يقول لى : ما سمعت مثل تقرير سيدى والدك فى درسه ؛ حتى إنى كثيرا ما أجتهد فى مطالعة الدرس ، وأطالع عليه سائر الحواشى والشروح والكتابات على الدرس ، وأظن من نفسى أنى فهمت سائر الإشكالات وأجوبتها . وحين أحضر الدرس يقرر شيخنا الدرس ويتكلم على جميع ما طالعته مع التوضيح والتفهيم ، ويزيدنا فوائد ما سمعنا بها ولا رأيناها ، ولم يخطر على فكر أحد ذكرها .

وكان رحمه الله تعالى بارا بوالديه ، ومات والده فى حياته سنة سبع وثلاثين بعد المائتين والألف ، وصار يقرأ كل ليلة عند النوم ما تيسر من القرآن العظيم ويهديه ثوابه مع ما تقبل له من الأعمال حتى رأى والده فى النوم بعد شهر من وفاته وقال له جزاك الله تعالى خيرا يا ولدى على هذه الخيرات التى تهديها إلىّ فى كل ليلة . وكانت جدة سيدى أم والده من بنات الشيخ المحبى صاحب التاريخ المشهور ، وله أوقاف على ذريته جارية إلى الآن ، وأتناول حصتى منها .

وأما والدة سيدى فقد توفى فى حياتها ، وكانت صالحة صابرة تقرأ من الجمعة إلى الجمعة مائة ألف مرة سورة الإخلاص وتهب ثوابها لولدها سيدى الوالد ، وتصلى كل ليلة خمس أوقات قضاء احتياطا ، وكانت كثيرة الصلاة والصيام ، عاشت بعده سنتين صابرة محتسبة لم تفعل ما تفعله جهلة النساء عند فقد أولادهن ، بل كان حالها الرضا بالقضاء والقدر ، وتقول : الحمد لله على جميع الأحوال ، ، وكانت من سلالة طاهرة من ذرية الحافظ الداودى المحدّث الشهير ، وكان عمها الشيخ محمد بن عبد الحى الداودى صاحب التأليفات الشهيرة :

منها حاشية المنهج ، وحاشية ابن عقيل ، ومجموع الفوائد وغيرها . وعلى ما سمعت واشتهر أن نسبتهم إلى حضرة سيدنا العباس إلا أنه ليس بدرجة الثبوت ، وليس عندهم نسب عليه شهادة العلماء والنقباء كما جرت عادة أصحاب الأنساب . وكان سيدى رحمه الله تعالى قد عرض عليه شيخه بنته للزواج فمنعه والده من زواجها وقال له أخاف عليك من غضب شيخك وعقوقه إن أغضبت ابنته يوما ما وهذا مما لا تخلو منه الجبلة الإنسانية غالبا . وكان والده رحمه الله تعالى شفوقا عليه ويحبه محبة تامة ، حتى أنه لما حج سيدى سنة خمس وثلاثين امتنع والده من دخول داره الجوانية مدة غياب سيدى ولم ينم على فراش تلك المدة وهى أربعة أشهر بل بقى نائما فى داره البرانية .

وكان سيدى رحمه الله تعالى ورعا فى سائر أحواله ، وعلى الخصوص فى حال إحرامه فى حجته المذكورة، فإنه تحرى للطعام غاية التحرى مع قلة تناول الطعام إلا بقدر الضرورة .

وكان رحمه الله تعالى كثير البر والصلة لأرحامه يواسيهم بأفعاله وأقواله وماله ، وبالخصوص شقيقه العلامة الفاضل الفقيه الصوفى التقى الصالح السيد عبد الغنى . وكان يعتنى ويتفرس الخير بأكبر أولاده ، وهو العالم العلامة العمدة الفهامة الشيخ السيد أحمد أفندى أمين الفتوى بدمشق حالا ، ويهتم بتربيته ويقول لوالده : دع لى من ولدك السيد أحمد وأنا أربيه وأعلمه ، فعلمه القرآن العظيم وأقرأه مسلسلات العلامة ابن عقيلة ، وأجازه إجازة عامة حتى صار من أفاضل عصره ، وله تأليفات عديدة : منها شرح مولد ابن حجر ، شرحه شرحا لم يسبق على منواله ، وشرح على علم الحال الذى ألف صاحب السماحة والفضيلة جندى زاده أمين أفندى العباسى رئيس ديوان تمييز ولاية سورية . ونشأ له ولدان نجيبان فاضلان : أحدهما السيد محمد أبو الخير ، مسودة الفتوى بدمشق ، وخطيب جامع برسبائى الشهير بجامع الورد ومدرسه . وثانيهما السيد راغب إمام الجامع المذكور.

وكان سيدى رحمه الله تعالى ذهب مرة مع شيخه السيد محمد شاكر المذكور لزيارة بعض علماء الهند وصلحائها الشيخ محمد عبد النبى لما ورد دمشق ، فلما دخلا عليه جلس شيخ سيدى وبقى سيدى واقفا فى العتبة بين يدى شيخه حاملا نعله بيده كما هو عادته مع شيخه ، فقال الشيخ محمد عبد النبى لشيخ سيدى مر هذا الغلام السيد فليجلس فإنى لا أجلس حتى يجلس فإنه ستقبل يده وينتفع بفضله فى سائر البلاد وعليه نور آل بيت النبوة ، فقال له الشيخ محمد شاكر اجلس يا ولدى ، وكذلك وقع له مع شيخه المذكور إشارة نظير هذه من الإمام الصوفى الشهير والولى الكبير الشيخ طاها الكردى قدس سره ، ومن ذاك الوقت زاد اعتناء الشيخ به والتفاته إليه بالتعليم . وكان شيخه المذكور كثيرا ما يأخذه معه ويحضره دروس أشياخه ، حتى أنه أخذه وأحضره درس شيخه العلامة العامل الولى الصالح شيخ الحديث الشيخ محمد الكزبرى ، واستجازه له فأجازه وكتب له إجازة عامة على ظهر ثبته ، مؤرخة فى افتتاح ليلة غرة سنة عشر ومائتين وألف ، وترجمه سيدى المرحوم فى ثبته ترجمة حسنة فراجعها ، ورثاه أيضا سيدى عند وفاته ليلة الجمعة لتسع عشرة ليلة خلت من ربيع الأول سنة إحدى وعشرين ومائتين وألف بقصيدة مؤرخا وفاته فيها ، ومطلعها :

خطب عظيم بأهل الدين قد نزلا   فحسبنا الله فى كل الأمور ولا

وبيت التاريخ :

ـــ إمامنا الكزبرى(١) نجم أفلا   فليل جلقه ما زال منسدلا

---

(١) [قوله إمامنا الكزبرى الخ] هكذا بالأصل والشطر الأول ناقص مايتم به الوزن والتاريخ فليحرر اه مصححه .

وكذلك أحضره درس العالم العلامة الشيخ الكبير المحدّث الشهير الشيخ أحمد العطار ، واستجازه له فأجازه . وكتب له إجازة عامة على ظهر ثبته بخطه مؤرخة فى منتصف محرم الحرام سنة ست عشرة ومائتين وألف . وقد ترجمه سيدى المرحوم الوالد فى ثبته عقود اللآلى ترجمة حسنة فراجعها . ورثاه عند وفاته مع غروب الشمس نهار الخميس التاسع من ربيع الثانى سنة ثمان عشرة ومائتين وألف بقصيدة مؤرخا وفاته بها . ومطلها :

ليقدح الجهل فى البلدان بالشرر   وليسكن العلم فى كتب وفى سطر

وقد أخذ سيدى عن مشايخ كثيرين منهم الشيخ الأمير الكبير المصرى ، وأجازه إجازة عامة كتبها له بخطه الشريف وختمها بختمه المنيف ، وأرسلها له مؤرخة فى غرة رمضان المعظم قدره من شهور عام ثمانية وعشرين بعد الألف والمائتين من الهجرة النبوية . وكذا أخذ عن مشايخ كثيرين يطول ذكرهم هنا من شاميين ومصريين وحجازيين وعراقيين وروميين .

وكان له عم من أهل الصلاح ومظنة الولاية ومن أهل الكشف ، اسمه الشيخ صالح اسم على مسمى ، حتى أنه بشر أمه به قبل ولادته . وهو الذى سماه محمد أمين حين كان فى بطن أمه . يضعه فى حال صغره فى حجره ويقول له أعطيتك عطية الأسياد فى رأسك .

وكان رحمه الله تعالى له خيرات عامة : منها تعمير المساجد ، وافتقاد الأرامل والفقراء . وكانت تسعى إليه الوزراء والأمراء والموالى والعلماء والمشايخ والكبراء والفقراء وذو الحاجات ، وعظمت بركته وعم نفعه ، وكثر أخذ الناس عنه . وغالب من أخذ عنه وقرأ عليه أكابر الناس وأشرافهم وأجلاؤهم من الموالى والعلماء الكبار والمفتين والمدرسين وأصحاب التآليف والمشاهير ، وقصده الناس من الأقطار الشاسعة للقراءة عليه والأخذ عنه .

فمن قرأ عليه وأخذ عنه شقيقه العلامة الفاضل الفقيه الصوفى السيد عبد الغنى المذكور : ومنهم ولد أخيه المذكور الشيخ أحمد أفندى أمين الفتوى بدمشق حالا صاحب التآليف الشهيرة . ومنهم ابن ابن عمه الشيخ صالح ابن السيد حسن عابدين . ومنهم صاحب الفضيلة والسماحة العالم العلامة عمدة الموالى العظام جابى زاده السيد محمد أفندى قاضى المدينة المنورة سابقا ، ومن أصحاب پايه إسلامبول الحائز للنشيان العالى المجيدى من الرتبة الثانية . من تشرفت فى حضرته پاية إسلامبول ، وافتخرت فيه على من نالها بفضائله وعلمه الذى أقرت به الفحول . وبكمال علومه وقدره مع فضله زاد فيه رفعة وعز النشيان العالى المجيدى من الرتبة الثانية التى افتخرت فيها أعاظم الرجال وهى فيه فاقت وتبخترت على أكابر أهل الكمال فإنه أخذ عنه سائر العلوم وبه انتفع : ومنهم العالم العلامة الزاهد العابد الورع التقى النقى فقيه النفس الشيخ يحيى السردستى أحد أفاضل الصوفية فى زمنه فإنه عنه أخذ وبه انتفع وعليه تخرج . ومنهم العالم العلامة العمدة الفهامة فقيه العصر الشيخ عبد الغنى الغنيمى الميدانى شارح القدورى وعقيدة الطحاوى ، فإنه عنه أخذ وبه انتفع وعليه تخرج . ومنهم العالم العلامة والعمدة الفهامة الشيخ حسن البيطار فإنه قرأ عليه العقود الدرية ، وعليه تخرج فى مذاهب السادة الحنفية . ومنهم ولد المرقوم العالم العلامة الشيخ محمد أفندى البيطار فإنه عنه أخذ وبه انتفع وعليه تخرج ، وهو أمين فتوى دمشق الشام حالا . ومنهم العالم العلامة أحمد أفندى الإسلامبولى محشى الدرر ، فإنه عنه أخذ وبه انتفع وعليه تخرج : ومنهم الشيخ الفاضل والعالم الكامل فرضى دمشق ورئيس حسابها السيد حسين الرسامة ، فإنه عنه أخذ وبه انتفع وعليه تخرّج . ومنهم العالم العلامة القدوة الفهامة صاحب التآليف المفيدة والتصانيف النفيسة فى المعقول

والمنقول : الشيخ يوسف بدر الدين المغربى ، فإنه عنه أخذ وبه انتفع وعليه تخرج . ومنهم العلامة الفاضل الشيخ عبد القادر الجابى . ومنهم الشيخ محمد الجقلى . ومنهم الشيخ محمد أفندى المنير أحد أصحاب پاية أزمير المجردة . ومنهم العلامة الفاضل الشيخ عبد القادر الخلاصى شارح الدر المختار والألفية لابن مالك وغيرهما . ومنهم عمدة الموالى الكرام على أفندى المرادى مفتى دمشق الشام . ومنهم العالم العلامة ، العمدة الفهامة ، نخبة الموالى الفخام عبد الحليم ملا قاضى الشام وقاضى عسكر أناطولى . ومنهم الشيخ حسن بن خالد بك . ومنهم الشيخ محمد تلو . ومنهم الشيخ محيى الدين الياف . ومنهم الشيخ أحمد الحلاوى المصرى شيخ القراء فى زمنه . ومنهم الشيخ عبد الرحمن الجمل المصرى . ومنهم الشيخ أيوب المصرى . ومنهم الشيخ الملا عبدالرزاق البغدادى أحد مشاهير علماء بغداد وأفاضلها . ومنهم الشيخ مصلح قاضى جينين ومنهم الشيخ أحمد البزرى قاضى صيدا ومنهم أخوه الشيخ محمد أفندى مفتيها . ومنهم الشيخ محمد أفندى الآتاسى مفتى حمص وأخوه أمين أفندى أمين فتواه . ومنهم الشيخ أحمد سليمان الأروادى وغيره ممن يطول ذكرهم هنا ولا يحصى عددهم من أفاضل وأعيان ، فإنهم انتفعوا به وأخذوا عنه وعليه تخرجوا .

مات رحمه الله تعالى ضحوة يوم الأربعاء الحادى والعشرين من ربيع الثانى سنة ١٢٥٢ ، وكانت مدة حياته قريبا من أربع وخمسين سنة ، ودفن بمقبرة دمشق فى باب الصغير فى التربة الفوقانية ، لا زالت سحائب الرحمة تبل ثراه فى البكرة والعشية . وكان قبل موته بعشرين يوما قد اتخذ لنفسه القبر الذى دفن فيه ، وكان دفن فيه بوصية منه لمجاورته لقبر العلامتين : الشيخ العلائى شارح التنوير والشيخ صالح الجينينى إمام الحديث ومدرسه تحت قبة النسر ، وهذا مما يدل على حبه للشارح العلائى ، لا سيما وقد حشى له شرحيه على الدر والملتقى وشرحه على المنار ، وسمانى باسمه وأرخ ولادتى على ظهر كتابه الدر المختار فى ليلة الثلاثاء لثلاثة مضين من شهر ربيع الثانى سنة ١٢٤٤ رحمه الله تعالى العزيز الغفار ، وقد مدحه بقصيدة وهى قوله :

علاء الدين يا مفتى الأنام ... جزاك الله خيرا على الدوام(١)
لقد أبرزت للفتيا كتابا ... مبينا للحلال وللحرام
لقد أعطيت فضلا لا يضاهى ... وعلما وافرا كالصيب طام
فكنت به فريد العصر حتما ... كمثل البدر فى وفق التمام
وكان بك الزمان خضيب عيش ... رطيبا ذا حبور وابتسام
وفاق بدرك المختار عقد ... لفقه أبى حنيفة ذو انتظام
بألفاظ تزين الصعب سهلا ... ومطروحا على طرف الثمام
إذا ما قلت قولا قيل فيه ... على قول إذا قالت حذام
صغير الحجم حاوى الجل مما ... تنقح فى ربى الكتب العظام
فكل الصيد فى جوف الفرا إن ... تقل ذا لست تخشى من ملام
حوى اسما قد أتى طبق المسمى ... وما تأتى كذا كل الأسامى

وكانت له جنازة حافلة ما عهد نظيرها ، حتى إن جنازته رفعت على رؤوس الأصابع من تزاحم الخلق ، وخوفا من وقوعها وإضرار الناس بعضهم بعضا حتى صار حاكم البلدة وعساكره يفرقون الناس عنها ، وصار الناس عموما يبكون نساء ورجالا كبارا وصغارا ، وصلى عليه فى جامع سنان باشا ، وغص بهم المسجد حتى

---

(١) (قوله على الدوام) يقرأ بوصل عين على بدال الدوام وحذف ما بينهما لفظا لاستقامة الوزن .

وقد حرر محشى الأشباه المنع قياسا على مسألة السفل والعلو أنه لا يتد إذا أضر ، وكذا إذا أشكل على المختار للفتوى كما فى الخانية :

قال المحشى! : فكذا تصرفه فى ملكه إن أضر أو أشكل يمنع ، وإن لم يضر لم يمنع . قال : ولم أر من نبه عليه ، فليغتنم فإنه من خواص كتابى انتهى .

(ادعى) على آخر (هبة) مع قبض

صلوا فى الطريق ، وصلى عليه إماما بالناس الشيخ سعيد الحلبى ، وصلى عليه غائبة فى أكثر البلاد ، ولم يترك أولادا ذكورا غير هذا الحقير العاجز الفقير الملتجى إلى عناية مولاه القدير جامع هذه التكملة ، جعلها الله تعالى خالصة لوجهه الكريم ، ورحم الله تعالى روحه ، ونوّر مرقده وضريحه ، وجزاه الله تعالى عنى وعن المسلمين خيرا ، ونفعنى به وبعباده الصالحين فى الدنيا والآخرة .

وهذا أوان الشروع فى المقصود ، بعون ذى الفضل والجود ، فنقول بعون الله تعالى : قول العلائى (قوله قال المحشى) هو الشيخ صالح على ما يتبادر من سابقه ومن نقله عنه كثيرا ، ولا حاجة إلى هذه العبارة للاستغناء عنها بما قبلها ط .

مطلب دعوى الهبة من غير قبض غير صحيحة

(قوله مع قبض) قيد به ، لأن دعوى الهبة من غير قبض غير صحيحة ، فلابد فى دعواها من ذكر القبض ولهذا صوّر المسألة شراح الهداية بأنه ادعى أنه وهبها له وسلمها ثم غصبها منه .

مطلب الإقرار بالهبة هل يكون إقرار بالقبض

وذكر العمادى اختلافا فى الإقرار بالهبة أيكون إقرارا بالقبض ، قيل نعم لأنه كقبول فيها ، والأصح لا ، وقيد بذكر التاريخ لها لأنه لو لم يذكر لها تاريخ أو ذكر لأحدهما فقط تقبل لإمكان التوفيق بأن يجعل الشراء متأخرا اه بحر . وفيه أيضا وأشار المؤلف إلى أنه لو ادعى الشراء أولا ثم برهن على الهبة أو الصدقة ، فإن وفق فقال جحدنى الشراء ثم وهبها منى أو تصدق قبل وإلا فلا كما فى خزانة الأكمل وفى منية المفتى : ادعاها إرثا ثم قال جحدنى فاشتريتها وبرهن تقبل اه . وذكر مسائل من التناقض : منها لو ادعى الشراء من أبيه فى حياته وصحته فأنكر ولا بينة فحلف ذو اليد فبرهن المدعى أنه ورثها من أبيه تقبل لإمكان التوفيق .

مطلب برهن على أنه له بالإرث ثم قال لم يكن لى قط

ولو ادعى الإرث أولا ثم الشراء لا تقبل لعدمه . ومنها برهن على أنه له بالإرث ثم قال لم يكن لى قط أو لم يزد قط لم يقبل برهانه وبطل القضاء .

مطلب دعوى الشراء بعد الهبة مسموعة مطلقا

والشراء قبل هبة من غير قبض مسموعة أيضا

وتقييده بالقبض ليس للاحتراز عن دعوى الشراء بعد ما ادعى الهبة بدون التسليم أبو السعود

(فى وقت فسئل) المدعى (بينة فقال) قد (جحدنيها) أى الهبة (فاشتريتها منه أو لم يقل ذلك) أى جحدنيها ومفاده الاكتفاء بإمكان التوفيق ، وهو مختار شيخ الإسلام من أقوال أربعة . واختار الخجندى

(قوله فى وقت) ظرف لهبة لا لادعى اهـ ح ، وذلك كما اذا ادعى أنه وهبها له فى رمضان (قوله ومفاده) أى مفاد قوله أو لم يقل ذلك اهـ ح .

مطلب التوفيق بالفعل شرط فى الاستحسان وهو الأصح

(قوله بإمكان التوفيق) أى مطلقا من المدعى أو المدعى عليه تعدد وجهه أو اتحد بحر .

وفيه أن هذا هو القياس والاستحسان أن التوفيق بالفعل شرط . قال الرملى : وجواب الاستحسان هو الأصح كما فى منية المفتى .

أقول : لكن نقل فى نور العين عن فتاوى رشيد الدين : لو أتى بالدفع بعد الحكم فى بعض المواضع لا يقبل نحو أن يبرهن بعد الحكم أن المدعى أقر قبل الدعوى أنه لاحق له فى الدار لا يبطل الحكم لجواز التوفيق بأنه شراه بخيار فلم يملكه فى ذلك الزمان ثم مضت مدة الخيار وقت الحكم فملكه فلما احتمل هذا لم يبطل الحكم الجائز بشك ، ولو برهن قبل الحكم يقبل ولا يحكم إذ الشك يدفع الحكم ولا يرفعه .

يقول الحقير : الظاهر أنه لو برهن قبل الحكم فيما لم يكن التوفيق خفيا ينبغى أن لا يقبل ويحكم على مذهب من جعل إمكان التوفيق كافيا إذ لا شك حينئذ لأن إمكانه كتصريحه عندهم ، والله تعالى أعلم اهـ كذا فى نسختى نور العين . والذى يظهر زيادة لا فى قوله ينبغى أن لا يقبل كما هو ظاهر لمن تأمل . وسيأتى تمام الكلام على ذلك قريبا إن شاء الله تعالى عند قوله ومن ادعى على آخر مالا الخ .

مطلب من سعى فى نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه إلا فى موضعين

(قوله وهو مختار شيخ الإسلام) قيده فى البحر فى فصل الفضولى ، بأن لا يكون ساعيا فى نقض ما تم من جهته ، لأن كل من سعى فى نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه ، فقولهم إن إمكان التوفيق يدفع التناقض على أحد القولين مقيد بما إذا لم يكن ساعيا فى نقض ما تم من جهته ، لأن من سعى فى نقض ما تم من جهته لا يقبل إلا فى موضعين :

الأول فيما إذا اشترى عبدا وقبضه ثم ادعى أن البائع باعه قبله من فلان الغائب بكذا وبرهن يقبل .

الثانى وهب جاريته واستولدها الموهوب له ثم ادعى الواهب أنه كان دبرها أو استولدها وبرهن يقبل ويستردها والعقر اهـ وتمامه فيه فراجعه إن شئت .

مطلب فى ارتفاع التناقض أقوال أربعة

(قوله من أقوال أربعة) الأول : لابد من التوفيق بالفعل ولا يكفى الإمكان .

الثانى : كفاية الإمكان مطلقا أى من المدعى أو المدعى عليه تعدد وجه التوفيق أو اتحد .

الثالث : ما ذكره الخجندى .

الرابع : كفاية الإمكان إن اتحد وجه التوفيق لا إن تعددت وجوهه ، وهذا الخلاف يجرى فى كل موضع

أنه يكفي من المدعى عليه لا من المدعى لأنه مستحق وذاك دافع . والظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق بزازية (فأقام بينة على الشراء بعد وقتها) أي وقت الهبة (تقبل) في الصورتين (وقبله لا) لوضوح التوفيق في الوجه الأول وظهور التناقض في الثاني . ولو لم يذكر لهما تاريخا أو ذكر لأحدهما تقبل لإمكان التوفيق بتأخير الشراء، وهل يشترط كون الكلامين عند القاضي أو الثاني فقط ؟ خلاف

حصل فيه التناقض من المدعي أو منه ومن شهوده أو من المدعى عليه كما في البحر . ومثله في حاشية سيد الوالد عليه

مطلب هل يكفي إمكان التوفيق لدفع التناقض أو لابد منه بالفعل

(قوله أنه يكفي من المدعى عليه) هذا اختصار . وأصل عبارة الخجندى كما في البحر : إن التناقض إن كان من المدعي فلابد من التوفيق بالفعل ولا يكفي الإمكان ، وإن كان المدعى عليه يكفي الإمكان ، لأن الظاهر عند الإمكان وجوده ووقوعه ، والظاهر حجة في الدفع لا في الاستحقاق والمدعي مستحق والمدعى عليه دافع . والظاهر يكفي في الدفع لا في الاستحقاق . ويقال أيضا إن تعدد الوجوه لا يكفي الإمكان وإن اتحد يكفي الإمكان والتناقض كما يمنع الدعوى لنفسه يمنع الدعوى لغيره (قوله بعد وقتها) كشوال وهو ظرف للشراء كقبله اهـ ح (قوله في الصورتين) يعني ما إذا قال جحدنيها أو لا ح (قوله وقبله) أي قبل وقت الهبة كشعبان (قوله لوضوح التوفيق في الوجه الأول) وهو ما إذا كان الشراء بعد وقت الهبة وهذا التعليل إنما يظهر فيما إذا قال جحدنيها . وأما إذا لم يقله فالذى فيه إمكان التوفيق (قوله وظهور التناقض في الثاني) لأنه يدعي الشراء بعد الهبة وشهوده تشهد له به قبلها . وهو تناقض ظاهر لا يمكن التوفيق بينهما . ومرادهم بالتناقض ما يكون بين الدعوى والبينة وإلا فالمدعي لا تناقض منه لأنه لم يدّع الشراء سابقا على الهبة والتناقض يبطل الدعوى .

مطلب يكون التناقض من متكلم واحد ومن اثنين

وكما يكون من متكلم واحد يكون من متكلمين كمتكلم واحد حكما كوارث ومورّث ووكيل وموكل . والأولى(١) في البزازية : ولم أر الآن الثانية صريحا وهي ظاهرة من الأولى بحر .

مطلب لا تسمع دعوى الوارث فيما لا تسمع دعوى مورثه فيه

قال أبو السعود : وفي هذا دلالة ظاهرة على ما نقله الشيخ حسن الشرنبلالي في رسالة الإبراء عن فتاوى الشيخ الشلبي حيث حكى الإجماع على أن دعوى الوارث لا تسمع في شيء لا تسمع فيه دعوى مورّثه أن لو كان حيا . كما إذا أقر مورثه بقبض ما يخصه من التركة وأبرأ إبراء عاما لا تسمع دعوى الوارث بعده الخ . وإذا عرف هذا في الإبراء فكذا في غيره من بقية الموانع ، كما لو ترك الدعوى في حق لا من جهة الإرث حتى مضى خمس عشرة سنة ، وقولهم لا تسمع الدعوى بعد خمس عشرة سنة إلا في الإرث يحمل على ما إذا لم تمض الخمس عشرة سنة قبل موت مورّثه اهـ ط .

مطلب هل يشترط كون الكلامين المتناقضين في مجلس القاضي أو الثاني فقط

(قوله وهل يشترط كون الكلامين) أي المتناقضين (قوله أو الثاني فقط) أي ويحتاج إلى إثبات الأول

---

(١) (قوله والأولى) أي مسئلة الوارث والمورث اهـ منه .

ويثبغى ترجيح الثانى بحر ، لأن به التناقض والتناقض يرتفع بتصديق الخصم وبقول المتناقض تركت الأول

عند القاضى ليدفع به دعوى المدعى (قوله وينبغى ترجيح الثانى) ولعل وجهه أنه الذى يتحقق به التناقض منع . وفى النهر من باب الاستحقاق : والأوجه عندى اشتراطهما عند الحاكم إذ من شرائط الدعوى كونها لديه اه . وفى شرح المقدسى : ينبغى أن يكفى أحدهما عند القاضى ، بل يكاد أن يكون الخلاف لفظيا لأن الذى حصل سابقا على مجلس القاضى لابد أن يثبت عنده ليترتب على ما عنده حصول التناقض ، والثابت بالبيان كالثابت بالعيان فكأنهما فى مجلس القاضى ، فالذى شرط كونهما فى مجلسه يعم الحقيقى والحكمى فى السابق واللاحق اه وهو حسن .

لكن ذكر سيدى الوالد رحمه الله تعالى فى حاشيته على البحر بعد ذكر نحو ما تقدم قلت : وسيأتى فى الوكالة أن الوكيل بالخصومة يصح إقراره لو أقر عند القاضى لا عند غيره ولكنه يخرج به عن الوكالة . وعند أبى يوسف يصح إقراره مطلقا لأن الشىء إنما يختص بمجلس القضاء إذا لم يكن موجبا إلا بانضمام القضاء إليه كالبينة والنكول . ولهما أن المراد بالخصومة الجواب مجازا ، والجواب يستحق فى مجلس الحكم فيختص به فإذا أقر فى غيره لا يعتبر لكونه أجنبيا فلا ينفذ على الموكل لكنه يخرج به عن الوكالة لأن إقراره يتضمن أنه ليس له ولاية الخصومة اه .

والحاصل أن اختصاصه بمجلس القاضى لكون لفظ الخصومة يتقيد به وهنا ليس كذلك ، فالذى يظهر ترجيح عدم اشتراط كون الكلامين فى مجلس القاضى اه (قوله يرتفع بتصديق الخصم) أى بكلاميه المتناقضين .

مطلب يرتفع التناقض بقول المتناقض تركت

(قوله وبقول المتناقض تركت الأول الخ) أقول : فيه أنه حينئذ لا يبقى تناقض أصلا ، لأن كل متناقض يمكنه أن يقول ذلك ، والظاهر أن هذا مخصوص بمسألة ما إذا ادعاه مطلقا ثم ادعاه بسبب الخ فإذا قال ذلك قبل قوله ، أما لو قال هذا ملك المدعى عليه ثم قال بل ملكى تركت الأول وأدعى بالثانى فلا قائل به ، ويرشدك لذلك قوله تركت الأول الخ . ثم رأيت فى البحر عن البزازية وصف المدعى المدعى فلما حضر خالف فى البعض أن ترك الدعوى الأولى وأدعى الحاضر تسمع لأنها دعوى مبتدأة وإلا فلا اه . وفيه أيضا وبرجوع المتناقض عن الأول بأن يقول تركته وأدعى بكذا . قال سيدى الوالد فى حاشيته عليه بعد كلام . وظاهر ما ذكره المؤلف فى الاستحقاق أى صاحب البحر : أن مسألة رجوع المتناقض بحث منه . ثم رأيت البزازى ذكر بعد ذلك فى نوع فى الدفع . وذكر القاضى ادعى بسبب وشهدا بالمطلق لا يسمع ولا تقبل ، لكن لاتبطل دعواه الأولى ؛ حتى لو قال أردت بالمطلق المقيد يسمع كما مر إن برهن على أنه له .

وفى الذخيرة أيضا ادعاه مطلقا فدفعه المدعى عليه بأنك كنت ادعيته قبل هذا مقيدا وبرهن عليه فقال المدعى أدعيه الآن بذلك السبب وتركت المطلق يقبل ويبطل الدفع اه ما فى البزازية . قال الرملى : ربما يشكل عليه ما فى البزازية وغيرها : ادعى على زيد أنه دفع له مالا ليدفعه إلى غريمه وحلفه ثم ادعاه على خالد وزعم أن دعواه على زيد كان ظنا لايقبل ، لأن الحق الواحد كما لايستوفى من اثنين لا يخاصم مع اثنين بوجه واحد اه. ووجه إشكاله أنه لما قال إن دعواه على زيد كان ظنا فقد ارتفع التناقض ، والله تعالى أعلم ذكره الغزى

وأدعى بكذا أو بتكذيب الحاكم وتمامه فى البحر وأقره المصنف (كما لو ادعى أولا أنها) أى الدار مثلا (وقف عليه ثم ادعاها لنفسه أو ادعاها لغيره ثم) ادعاها (لنفسه) لم تقبل للتناقض . وقيل تقبل إن وفق بأن قال كان لفلان ثم اشتريته درر فى أواخر الدعوى .

وأقول : قد كتبت فرقا فى حاشيتى على جامع الفصولين بين فرع البزازى وفرع ذكره فراجعه ويفرق ههنا بأن فيما ذكره البزازى امتنع ارتفاع التناقض لتعلقه باثنين فلا تصح الدعوى لمـا ذكره من امتناع مخاصمة الاثنين فى حق واحد وهذا منتف فى الواحد وهو محل ما فى هذا الشرح فتدبر اه .

مطلب يرتفع التناقض بتكذيب الحاكم

(قوله أو بتكذيب الحاكم) كما لو ادعى أنه كفل له عن مديونه بألف فأنكر الكفالة وبرهن الدائن أنه كفل عن مديونه وحكم به الحاكم وأخذ المكفول له منه المال ، ثم إن الكفيل ادعى على المديون أنه كفل عنه بأمره وبرهن على ذلك يقبل عندنا ويرجع على المديون بما كفل لأنه صار مكذبا شرعا بالقضاء كذا فى المنح ح وكذا إذا استحق المشترى من المشترى بالحكم يرجع على البائع بالثمن وإن كان كل مشتر مقرا بالملك لبائعه، لكنه لما حكم ببرهان المستحق صار مكذبا شرعا باتصال القضاء به اه ط ومثله فى الأنقروى ، وإنما احتاج للدعوى لإثبات كون الكفالة بالأمر لا لإثبات أصل الكفالة ، إذ هى من المسائل التى يكون القضاء بها على الحاضر قضاء على الغائب (قوله وتمامه فى البحر) وعبارة البحر فى الاستحقاق أولى ، وهى : إذا قال تركت أحد الكلامين يقبل منه لأنه استدل له بما فى البزازية عن الذخيرة : ادعاه مطلقا فدفعه المدعى عليه بأنك كنت ادعيته قبل هذا مقيدا وبرهن عليه فقال المدعى أدعيه الآن بذلك السبب وتركت المطلق يقبل ويبطل الدفع اه فإن المتروك الثانية لا الأولى ومع هذا نظر فيه صاحب النهر هناك .

وقد يقال : ذلك القول توفيق بين الدعوتين تأمل . وذكر سيدى الوالد فى باب الاستحقاق تأييد ما فى النهر .

مطلب ادعى بسبب ثم ادعاه مطلقا

وقال فى الخانية : رجل ادعى الملك بسبب ثم ادعاه بعد ذلك ملكا مطلقا فشهد شهوده بذلك ذكر فى عامة الروايات أنه لا تسمع دعواه لا تقبل بينته . قال مولانا رضى الله تعالى عنه : قال جدى شمس الأئمة رحمه الله تعالى : لا تقبل بينته ولا تبطل دعواه ، حتى لو قال أردت بهذا الملك المطلق الملك بذلك السبب تسمع دعواه وتقبل بينته اه .

مطلب ادعى وقفا ثم ادعاه ملكا لنفسه لا تقبل

(قوله ثم ادعاها لنفسه) لوجود التناقض مع عدم إمكان التوفيق إذ الوقف لا يصير ملكا ط (قوله لم تقبل للتناقض) لأن الإنسان لا يضيف مال نفسه إلى غيره :

قال فى جامع الفصولين بعد ذكر المسألة فى الفصل ٣٩ أقول : يمكن أيضا فى هذا أنه أضاف مال الغير إلى نفسه فلا تناقض حينئذ فينبغى أن يكون مقبولا اه (قوله وقيل تقبل إن وفق) هذا راجع إلى المسألة الثانية

قال (ولو ادعى الملك) لنفسه (أولا ثم) ادعى (الوقف) عليه (تقبل كما لو ادعاها لنفسه ثم لغيره) فإنه يقبل .

(ومن قال لآخر اشتريت منى هذه الجارية وأنكر) الآخر الشراء جاز (للبائع أن يطأها إن ترك) البائع (الخصومة) واقترن تركه بفعل يدل على الرضا بالفسخ كإمساكها ونقلها لمنزله ، لما تقرر أن (جحود) جميع العقود (ما عدا النكاح

دون مسألة الوقف ، ومقتضى ماسبق أن إمكان التوفيق بما ذكر كاف ط . وأما ما ذكر الشارح فليس بكاف بل لابد منه بالفعل ، وقد تقدم أن الاستحسان أن التوفيق بالفعل شرط .

مطلب ادعى الملك ثم ادعاه وقفا تقبل

(قوله ثم ادعى الوقف عليه) كذا فى المنح ولم يذكره فى البحر . والذى فى الحموى عدم التقييد بقوله عليه وكأنه أخذه من قاعدة إعادة النكرة معرفة فيكون المراد به الوقف المار . قيل وعليه فلا يظهر التوفيق لأنه تناقض ظاهر ، ويمكن جريانه على مذهب الثانى القائل بصحة وقفه على نفسه اه ولا يخفى عليك ما فيه ، لما فى البحر من فصل الاستحقاق : ولو ادعى أنها له ثم ادعى أنها وقف عليه تسمع لصحة الإضافة بالأخصية انتفاعا كما لو ادعاها لنفسه ثم لغيره اه تأمل (قوله تقبل) لاحتمال أنها انتقلت لغيره منه (قوله اشتريت منى هذه الجارية) أى والواقع كذلك (قوله فله أن يطأها) أى بعد الاستبراء إن كانت فى يد المشترى أبو السعود عن الحلبى بحثا (قوله واقترن تركه بفعل يدل على الرضا الخ) هذا ما ذكره صاحب الهداية جازما به ، وبعضهم اكتفى بعزم القلب على الترك ، وبعضهم اشترط الإشهاد عليه : أى على ما فى قلبه بلسانه ، وقيل مجرد العزم لا يفسخ به كمن له خيار شرط . أجيب بأن المراد عزم مؤكد بفعل كإمساكها ونقلها لمحله إذ لا يحل ذلك بدون فسخ فكان فسخا دلالة كما فى المقدسى (قوله لما تقرر) علة للمصنف .

مطلب جحود ما عدا النكاح فسخ له

(قوله ما عدا النكاح) فإنه لا يحتمل الفسخ بسبب من الأسباب ، فلو ادعى تزوجها على ألف فأنكرت ثم أقامت البينة على ألفين قبلت ولا يكون إنكارها تكذيبا للشهود ، وفى البيع لا يقبل ويكون تكذيبا للشهود ولو ادعت عليه نكاحا وحلف عندهما أو لم يحلف عنده لا يحل لها التزوج بغيره لأن إنكاره لا يكون فسخا فيحتاج القاضى بعده أن يقول فرقت بينكما أو يقول الخصم إن كانت زوجتى فهى طالق بائن ، ولو ادعى على امرأة أنه تزوجها فأنكرت المرأة ثم مات الزوج فجاءت المرأة تدعى ميراثه فلها الميراث كعكسه عندهما وعند الإمام لا ميراث له لأنه لا عدة عليه ولذا كان له أن يتزوج بأختها وأربع سواها ، ولو ادعت الطلاق فأنكر ثم مات لا تملك مطالبة الميراث ، وكما لا يكون إنكار النكاح فسخا لا يكون طلاقا وإن نوى بخلاف لست لى بامرأة فإنه يقع به إن نوى عنده خلافا لهما اه ط ومثله فى البحر ، وقد ذكر فى البحر فى خيار البلوغ صورا من النكاح تحتمل الفسخ .

قال فى التبيين : ولا يقال : النكاح لايحتمل الفسخ فلا يستقيم جعله فسخا لأنا نقول : المعنى بقولنا لا يحتمل الفسخ بعد التمام وهو النكاح الصحيح النافذ اللازم . وأما قبل التمام فيحتمل الفسخ ، وتزويج الأخ

فسخ) فللبائع ردها بعيب قديم لتمام الفسخ بالتراضى عينى . أما النكاح فلا يقبل الفسخ أصلا (ف) لذا (لو جحد أنه تزوجها ثم ادعاه وبرهن) على النكاح (يقبل) برهانه (بخلاف البيع) فإنه إذا أنكره ثم ادعاه لا يقبل لانفساخه بالإنكار بخلاف النكاح .

(أقر بقبض عشرة) دراهم

والعم صحيح نافذ لكنه غير لازم فيقبل الفسخ اه . ويرد ارتداد أحدهما فإنه فسخ اتفاقا وهو بعد التمام ، وكذا إباؤها عن الإسلام بعد إسلامه فإنه فسخ اتفاقا وهو بعده ، وكذا ملك أحد الزوجين صاحبه .

مطلب الحق أن النكاح يقبل الفسخ

فالحق أنه يقبل الفسخ مطلقا إذا وجد ما يقتضيه شرعا اه . قال سيدى الوالد : قد يقال مراده بالفسخ ما كان مقصودا مستقلا بنفسه ، وهو فيما ذكره من الصور ليس كذلك فإنه تابع لازم لغيره أعنى الارتداد والإباء والملك ، ومثله الفسخ بتقبيل ابن الزوج وسبى أحدهما ومهاجرته إلينا تأمل .

ثم رأيت بعد ذلك أجاب بعض الفضلاء بأن ذلك انفساخ لا فسخ اه وهو مؤدى ما قلنا اه (قوله فللبائع ردها بعيب الخ) أى وقد علمه بعد هذه الدعوى وإلا كانت الدعوى رضا به ، وقيده فى النهاية بأن يكون بعد تحليف المشترى ، إذ لو كان قبله فليس له الرد على البائع لاحتمال نكول المدعى عليه فتلزمه فاعتبر بيعا جديدا فى حق ثالث ، والأشبه أن يكون هذا التفصيل بعد القبض . وأما قبله فينبغى أن يرد مطلقا : أى ولو قبل تحليفه لأنه فسخ من كل وجه فى غير العقار فلا يمكن حمله على البيع زيلعى وغيره ط ونحوه فى الشرنبلالية

مطلب ما يقبل الفسخ من النكاح ليس بفسخ بل انفساخ

(قوله أما النكاح فلا يقبل الفسخ أصلا) عبارة الفتح والنكاح لا يحتمل الفسخ بسبب من الأسباب أى التى يتعاطاها الزوجان . وأما انفساخه بخروجهما عن أهلية النكاح كارتداد أحدهما وإباء المجوسية عن الإسلام وملك أحد الزوجين الآخر وكذا مما قدمه من الفرقة بأنها تارة تكون طلاقا وتارة تكون فسخا فلا ينافى ما هنا رحمتى .

أقول : وهو معنى ما قدمناه قريبا عن سيدى الوالد . وأقول : حق ذكر هذه المسائل فى كتاب الدعوى وإنما ذكرت هنا لبيان حكم القضاء فيها (قوله يقبل برهانه) لعل وجهه مع أنه تناقض ظاهر ما يأتى قريبا من أن النكاح لا يرتد بالرد فيكون جحوده ردا لإقرارها (قوله أقر بقبض عشرة دراهم) أطلق فيها ، فشمل ما إذا كانت دينا من قرض أو ثمن مبيع أو غصبا أو وديعة كما فى الفتح ، وقيد بالدراهم لأن المشترى لو أقر أنه قبض المبيع ثم ادعى عيبا به فإن القول لبائعه لأن المبيع متعين ، فإذا قبضه وأقر بأنه استوفى حقه دلالة فبدعواه العيب صار متناقضا اه ط عن الحموى .

قال فى البحر : وقيد بالإقرار بالقبض ، لأنه لو أقر بالألف ولم يبين الجهة ثم ادعى موصولا أنها زيف لم يقبض عليه . واختلف المشايخ ، قيل أيضا على الخلاف ، وقيل يصدق إجماعا لأن الجودة تجب فى بعض الوجوه لا على البعض فلا تجب بالاحتمال ، ولو قال غصبت ألفا أو أودعنى ألفا إلا أنها زيوف صدق وإن فصل: وعن الإمام أن القرض كالغصب ، ولو قال فى الغصب والوديعة إلا أنها رصاص أو ستوقة صدق إذا وصل ، ولو قال على كر حنطة من ثمن مبيع أو قرض إلا أنه ردىء فالقول له ، وليس هذا كدعوى الرداءة لأنها

. . . .

فى الحنطة ليست بعيب لأن العيب ما يخلو عنه أصل الفطرة ، والحنطة قد تكون رديئة بأصل الخلقة فلا يحمل مطلقها على الجيد ولذا لم يجز شراء البر بدون ذكر الصفة .

أقر بقبض عشرة أفلس أو ثمن مبيع ثم ادعى أنها كاسدة لم يصدق وإن وصل . وقالا : يصدق فى القرض إذا وصل ، أما فى البيع فلا يصدق عند الثانى فى قوله الأول . وقال محمد : يصدق فى المبيع وعليه قيمة المبيع ، وكذا الخلاف فى قوله علىّ عشرة ستوقة من قرض أو ثمن مبيع ؛ ولو قال غصبته عشرة أفلس أو أودعنى عشرة أفلس ثم قال هى كاسدة صدق اهـ . وقيد باقتصاره على قبض الدراهم ، لأنه لو قال قبضت دراهم جيادا لم يصدق فى دعواه الزيوف موصولا ومفصولا . ونقل فى أنفع الوسائل أنه إذا قبض البائع الثمن أو المؤجر الأجرة أو رب الدين دينه من المديون ولم ينقد الثمن ولا الأجرة ولا الدين ثم جاء بعد ذلك وذكر أن فيما قبضه رداءة وهو الذى تقوله العامة نحاس ورفعه إلى الحاكم فطلب منه الحكم والخصم ينكر ويقول دراهمى جياد وما أعلم هل هذا منها أم لا فهل يكون القول قول القابض أو الدافع . وتحرير الكلام فى ذلك ذكر فى القنية ص : تكارى دابة إلى بغداد بعشرة ودفعها إليه فلما بلغ بغداد رد بعضها وقال هى زيوف أوستوقة فالقول لرب الدابة لأنه ينكر استيفاء حقه والجياد فالقول له(١) هذه عبارة القنية .

وذكر فى المبسوط قال . وإذا كان أجر الدار عشرة دراهم أو قفيز حنطة موصوفة وأشهد المؤجر أنه قبض من المستأجر عشرة دراهم أو قفيز حنطة ثم ادعى أن الدراهم نبهرجة أو أن الطعام معيب فالقول قوله لأنه ينكر استيفاء حقه ، فإن ما فى الذمة يعرف بصفة ويختلف باختلاف الصفة فلا مناقضة فى كلامه ، فاسم الدراهم يتناول النبهرج ، واسم الحنطة يتناول المعيب ، وإن كان حين أشهد قال قد قبضت من أجر الدار عشرة دراهم أو قفيز حنطة لم يصدق بعد ذلك على ادعاء العيب والزيف ، كذلك لو قال استوفيت أجر الدار ثم قال وجدته زيوفا لم يصدق ببينة ولا غيرها لأنه قد سبق منه الإقرار بقبض الجياد فإن أجر الدار من الجياد فيكون هو مناقضا فى قوله وجدته زيوفا والمناقض لا قول له ولا تقبل بينته ، ولو كان ثوبا بعينه فقبضه ثم جاء يرده بعيبه فقال المستأجر ليس هذا ثوبى فالقول قول المستأجر لأنهما تصادقا على أنه قبض المعقود عليه فإنه كان شيئا بعينه ثم ادعى الآخر لنفسه حق الرد والمستأجر منكر لذلك فالقول قوله ، فإن أقام رب الدار البينة على المعيب رده سواء كان العيب يسيرا أو فاحشا على قياس البيع .

قلت : فتحرر لنا من كلام شمس الأئمة السرخسى أن المؤجر متى قال استوفيت أجر الدار ثم قال وجدت فيه زيوفا لم يقبل قوله ولا بينته ، ولو قال قبضت من المستأجر كذا من الدراهم ولم يقل الأجرة ثم جاء وقال هذه الدراهم نبهرجة فالقول قوله فصار جواب المسألة أن القابض متى أقر بقبض الحق ثم ادعى أنه زيوف لم يصدق لأنه ناقض كلامه ، لأن إقراره بقبض الحق إقرار بقبض الجياد فإذا قال بعد ذلك هو زيوف أو بعضه فقد ناقض كلامه والمناقض لا يقبل قوله ولا بينته ، بخلاف ما إذا قال قبضت عشرة دراهم مثلا ولم يقل من أجرة دارى ثم ادعى أنها زيوف فإنه يقبل قوله لأنه فى القول الثانى منكر استيفاء الحق ، وما سبق منه ما يناقض هذا القول فيكون القول قوله ، هذا خلاصة ما قاله فى المبسوط . وأما ما ذكره فى القنية ورمز له بالصاد وهى علامة كتاب الأصل فهو موافق لما قررناه لأنه قال ودفعها إليه ولم يقل وأقر باستيفاء الأجرة وفى هذه الصورة ليس القابض بمناقض فى قوله فيقبل ، وبقية ما ذكره فى القنية هو من المبسوط فإنه رمز بسين وهو

(١) (قوله والجياد فالقول له) هكذا بالأصل وليحرر .

(ثم ادعى أنها زيوف)

علامة المبسوط ، ومعنى ما ذكره أنه إذا أقر بقبض الدراهم بأن قال مثلا قبضت منه عشرة دراهم ثم ادعى أنها زيوف صدق ، ولو قال هى ستوقة لا يصدق وذلك لأنه فى الزيوف ما ناقض كلامه لأن الزيوف من جنس حقه ، وفى الستوقة ناقض كلامه لأنه أقر أولا بالدراهم وثانيا ادعى أنها ستوقة ، والستوق ليس من الجنس فكان مناقضا على ما يأتى بيانه إن شاء الله تعالى من تفسير الزيوف والستوق والنبهرج ، وقوله وإن أقر(١) باستيفاء الأجرة الخ هذا مشكل مخالف لما قاله فى المبسوط مما نقلناه وسنبنيه ، فإنه قال : وإن أقر باستيفاء الأجرة إلى آخره هذا مشكل مخالف لما قاله إلى تقديره والمسألة بحالها حتى يتم الكلام . وإذا كان كذلك فيبقى تقدير الكلام تكارى دابة إلى بغداد بعشرة دراهم وأقر الآجر بقبض الأجرة ثم ادعى أنها زيوف أو ستوقة يقبل قوله فى ذلك ، وهذا خلاف ما ذكره شمس الأئمة فى المبسوط ، فإنه قال : إذا أقر باستيفاء الأجرة ثم قال هى زيوف لم يقبل قوله والحرف ، قد بيناه ، وهو الموافق للفقه لأنه تناقض كلامه بعد ذلك والمناقض لاقول له فكيف يقول فى القنية القول له فهذا والله أعلم سهو فإنه زيف كلام المبسوط ومايقوله محمد إلى آخره ، فالذى يجب أن يعمل به هو ما ذكره فى المبسوط أعنى فى هذه الصورة الخاصة . وأما بقية الصور فكلها موافقة لما ذكره فى المبسوط .

فإذا تقرر لنا هذا فى الإجارة والأجرة عديناه إلى استيفاء الأثمان فى البياعات والديون فى المعاملات ، فإن العلة تجمع الكل فنقول : إذا دفع إليه دراهم وهى عن متاع ثم جاء البائع وأراد أن يرد عليه شيئا يزعم أنه مردود فى المعاملات بين الناس وأنكر المشترى أن ذلك من دراهمه التى دفعها فلا يخلو إما أن يكون البائع أقر بقبض الثمن أولا ، فإن أقر بقبض الثمن لم يقبل قوله فى ذلك ، ولا يلزم المشترى بأن يدفع عوض ذلك الرد ولو اختار البائع يمين المشترى أنه ما يعلم أن هذا الرد من دراهمه التى أعطاها له ينبغى أن يجاب إلى ذلك ويحلفه القاضى على العلم ، فإن حلف انقطعت الخصومة ولم يبق له معه منازعة ، وإن نكل ينبغى أن يردها عليه لأنه أقر بما ادعاه بطريق النكول ، وإن كان البائع لم يقر بقبض الثمن ولا الحق الذى على المشترى من جهة هذا البيع وإنما أقر بقبض دراهم مثلا ولم يقل هى الثمن ولا الحق ، فإن فى هذه الصورة يكون القول قول البائع لأنه منكر استيفاء حقه ولم يتقدم منه ما يناقض هذه الدعوى فيقبل قوله مع يمينه ، هذا إذا أنكر المشترى أنها من دراهمه أيضا ، وكذلك الديون أيضا ينبغى أن يكون الجواب فيها كالجواب فى الأجرة والثمن فى باب البيع ، وهذا كله إذا كان الذى يرده زيوفا أو نبهرجا ، فإن كان ستوقا فلا يقبل قوله فلا يرده لأنه ناقض كلامه ، أما فى صورة إقراره بقبض الدراهم فظاهر لأن الستوق ليس من جنس الدراهم وقد أقر بقبض الدراهم أولا ثم قال هى ستوقة فكان مناقضا ، وكذلك فى إقراره بقبض الأجرة أو الحق بل بالطريق الأولى . وعبارة المبسوط خالية عن ذكر الستوق وليس فيها ما يمنع ما قاله فى القنية بل يوافقه من حيث المعنى (قوله ثم ادعى أنها زيوف) عبر بثم ليفيد أن البيان إذا وقع مفصولا يعتبر فالموصول أولى بالاعتبار اه بحر ، ومثله فى الطحاوى عن المنح ، وقيد بالزيوف للاحتراز عما إذا بين أنها ستوقة فإنه لا يصدق لأن اسم الدراهم لا يقع عليها ، ولذا لو تجوز بالزيوف والنبهرج فى الصرف والسلم جاز وفى الستوق لا إن كان مفصولا ، وإن كان موصولا صدق كما فى النهاية ، وهى مسألة المتن .

---

(١) (قوله وقوله وإن أقر الخ) هكذا بالأصل ولتحرر هذه العبارة إلى آخرها ،

أو نبهرجة (صدق) بيمينه لأن اسم الدراهم يعمها بخلاف الستوقة لغلبة غشها (و) لذا (لو ادعى أنها ستوقة لا) يصدق (إن) كان البيان (مفصولا وصدق لو) بين (موصولا) نهاية ، فالتفصيل فى المفصول لا فى الموصول . (ولو أقر بقبض الجياد لم يصدق مطلقا) ولو موصولا للتناقض

والحاصل أن ادعاءه إن موصولا صحيح فى الكل سوى صورة الإقرار بقبض الجياد وأن ادعاءه مفصولا فى البواقى غير صحيح سوى صورة الإقرار بقبض عشرة دراهم ، والزيف ما زيفه بيت المال أى يرده (قوله أو نبهرجة) قال ط : صوابه بنهرجة بتقديم الباء على النون كما يستفاد من المغرب أبو السعود عن الحموى . والزيف ما زيفه بيت المال . والبنهرجة ما يرده التجار ، وقيل الزيوف هى المغشوشة والبنهرجة هى التى تضرب فى غير دار السلطان .

وفى الإيضاح : الزيف ما زيفه بيت المال لنوع قصور فى جودته إلا أنه تجرى فيه المعاملة بين التجار . والبنهرجة ما يرده التجار لرداءة فضته . والستوقة التى وسطها نحاس أو رصاص ووجهها فضة وهى معرب سه توبه اه .

وفى الفتح سه ثلاث يعنى ثلاث طاقات الأعلى والأسفل فضة والأوسط نحاس اه ، لكن نقل سيدى الوالد عن القاموس فى فصل النون النبهرج : الزيف الردىء اه . وفى المغرب : النبهرج الدرهم الذى فضته رديئة ، وقيل الذى الغلبة فيه للفضة وقد استعير لكل ردىء باطل ، ومنه بهرج دمه إذا أهدر وأبطل . وعن اللحيانى درهم نبهرج ولم أجده بالنون إلا له اه وهو مخالف لما فى القاموس مع أنه المشهور اه ما قاله سيدى الوالد . قال فى أنفع الوسائل عن الكرخى : الستوق عندهم ما كان النحاس فيه هو الغالب الأكثر . وفى الرسالة : التوسعية النبهرجة إذا غلبها النحاس لم تؤخذ . وأما الستوقة فحرام أخذها لأنها فلوس .

وحاصل ما قالوه فى تفسير الزيوف والنبهرجة والستوقة أن الزيوف أجود من الكل ، وبعد الزيوف البنهرجة ، وبعدها الستوقة ، فتكون الزيوف بمنزلة الدراهم التى يقبلها بعض الصيارف دون بعض والبنهرجة ما يردها الصيارف ، وهى التى تسمى مغيرة لكن الفضة فيها أكثر . والستوقة بمنزلة الزغل ، وهى التى نحاسها أكثر من فضتها ، فإذا عرفنا هذا(١) فالزيوف والبنهرجة ما يردها الصيارف ، وهى التى نحاسها أكثر من فضتها .

مطلب إذا أقر باستيفاء الحق أو الأجرة أو الجياد

ثم ادعى أنها بنهرجة أو زيوف لم يصدق ، وإذا أقر بقبض دراهم مطلقة يصدق

فإذا عرفنا هذا فالزيوف والبنهرجة يكون القول قول القابض فيها إذا لم يقر باستيفاء الحق أو الأجرة والجياد ، بل يكون أقر بقبض كذا من الدراهم ثم يدعى أن بعضها زيوف أو بنهرجة كما قدمناه فيقبل قوله وردها ، وأما إذا قال إنها ستوقة بعد ما أقر بقبض الدراهم لا يقبل قوله ولا يردها (قوله بخلاف الستوقة) بفتح السين كما فى الفتح . ونقل الشيخ شاهين عن شرح المجمع جواز الضم أيضا أبو السعود . قال ط : والأولى حذف هذه العبارة والاقتصار على المصنف (قوله فالتفصيل) أى بين الزيوف والبنهرجة وبين الستوقة (قوله فى المفصول) أى من كونه يصدق فيه بادعاء الزيافة لا الستوقة (قوله ولو موصولا للتناقض) الفرق بينه

---

(١) (قوله فإذا عرفنا هذا الخ) كذا بالأصل وليحرر .

(ولو أقر أنه قبض حقه أو) قبض (الثمن أو استوفى) حقه (صدق فى دعواه الزيافة لو) بين (موصولا وإلا لا) لأن قوله جياد مفسر فلا يحتمل التأويل ، بخلاف غيره لأنه ظاهر أو نص فيحتمل التأويل ابن كمال : (أقر بدين ثم ادعى أن بعضه قرض وبعضه ربا) وبرهن عليه (قبل) برهانه قنية عن علاء الدين وسيجيء

وبين مابعده حيث يصدق فيه إذا كان موصولا أنه فى الثانى مقر بقبض القدر والجودة بلفظ واحد ، فإذا استثنى الجودة فقد استثنى البعض من الجملة فصح ، كما لو قال لفلان علىّ ألف لا مائة ، فأما إذا قال قبضت عشرة جيادا فقد أقر بالوزن بلفظ على حدة وبالجودة بلفظ على حدة ، فإذا قال إلا أنها زيوف فقد استثنى الكل من الكل فى حق الجودة وذلك باطل كأنه قال جياد إلا أنها غير جياد فهو كمن قال لفلان علىّ ألف درهم ودينار إلا دينارا فإن الاستثناء يكون باطلا وإن ذكره موصولا اه حلبى مزيدا عن العناية ط (قوله ولو أقر الخ) يشير إلى أنه إن لم يقر وقبض وهو ساكت ولو بعد نقد الصيرفى يرد .

وفى جامع الفتاوى : لو وجد البائع الثمن رصاصا أو ستوقة أو مستحقا لا يسترد المبيع . وفى الخانية : وإن قبض ولم يقر بشىء ثم ادعى أنها ستوقة قبل قوله (قوله أو استوفى) الاستيفاء عبارة عن قبض الحق بالتمام سعدية وابن كمال (قوله فى دعواه الزيافة) ومثله البنهرجة لاتحاد الحكم فيهما وكذا الستوقة. قال فى النهاية : لو أقر بقبض حقه ثم قال إنها ستوقة أو رصاص يصدق مو. ولا لا مفصولا اه ط عن الشرنبلالية ، وكذا إقراره بقبض رأس ماله كما فى البزازية ولم يذكر المؤلف حكم وزنها عند الإطلاق والدعوى . وفى كافى الحاكم لو أقر بألف درهم عددا ثم قال هى وزن خمسة أو ستة وكان الإقرار منه بالكوفة فعليه مائة درهم وزن سبعة فلا يصدق على النقصان إذا لم يبين موصولا وكذا الدنانير وإن كانوا فى بلاد يتعارفون على دراهم معروفة الوزن بينهم صدق اه وأطلق فى الدراهم المقر بها فشمل ما إذا كانت دينا من قرض أو ثمن مبيع أو غصبا أو وديعة كما فى فتح القدير ورأس المال كذلك كما البزازية ، وقيد بدعوى المقر لأنه لو أقر بقبض دراهم معينة ثم مات فادعى وارثه أنها زيوف لم يقبل ، وكذا إذا أقر بالوديعة أو المضاربة أو الغصب ثم زعم الوارث أنها زيوف لم يصدق لأنه صار دينا فى مال الميت كذا فى البزازية . وفيها من الرهن : قضى دينه وبعضه زيوف وستوقة فرهن شيئا بالستوقة والزيوف وقال خذه رهنا بما فيه من زيوف وستوق صح فى حق الستوق لأنها ليست من الجنس ، ولا يصح فى الزيوف لأنها من الجنس فلا دين اه بحر (قوله لأن قوله جياد) علة لقوله ولو أقر بقبض الجياد فالأولى ذكره موصولا به اه ط (قوله مفسر) بفتح السين المشددة من التفسير مبالغة الفسر وهو الكشف ، وهو ما ازداد وضوحا على النص على وجه لا يبقى معه احتمال التأويل . وحكمه وجوب العمل به ، وهذا غير ما قدمناه من التعليل (قوله بخلاف غيره) أى من المسائل التى بعدها (قوله لأنه ظاهر) راجع للأولى وهى قبض الحق أو الثمن ، والظاهر ما احتمل غير المراد احتمالا بعيدا ، والنص يحتمله احتمالا أبعد دون المفسر لأنه لا يحتمل غير المراد أصلا اه سيدى الوالد (قوله أو نص) راجع للثانية وهو قوله أو استوفى (قوله قبل برهانه) لأنه مضطر وإن تناقض سيدى عن القنية (قوله قنية عن علاء الدين) الذى فى البحر : وذكر فى القنية مسألة ما إذا أقر بدين ثم ادعى أن بعضه قرض وبعضه ربا أنه يقبل إذا برهن ، وذكره عبدالقادر فى الطبقات من الألقاب عن علاء الدين اه .

أقول : وسيأتى نظيره فى شتى الإقرار لكنه يخالفه ما يذكر الشارح عن الشرنبلالية ، ولكن المعتمد ما مشى عليه المصنف ثمة والوهبانية ، وأفتى به الخير الرملى والحامدى فى الحامدية من أنه إذا أقام البينة على

فى الإقرار (قال لآخر لك علىّ ألف) درهم (فرده) المقر له (ثم صدقه)

أن بعضه ربا تقبل وأقره سيدى الوالد رحمه الله تعالى فاغتنمه (قوله قال لآخر لك على ألف درهم الخ) قيد بالإقرار بالمال احترازا عن الإقرار بالرق والطلاق والعتاق والنسب والولاء فإنها لا ترتد بالرد. أما الثلاثة الأول ففى البزازية قال لآخر: أنا عبدك فرد المقر له ثم عاد إلى تصديقه فهو عبده ولا يبطل الإقرار بالرق بالرد، كما لا يبطل بجحود المولى، بخلاف الإقرار بالدين والعين حيث يبطل بالرد، والطلاق والعتاق لا يبطلان بالرد لأنهما إسقاط يتم بالمسقط وحده. وأما الإقرار بالنسب وولاء العتاقة ففى شرح المجمع من الولاء أنه لا يرتد فيهما بالرد. وأما الإقرار بالنكاح فلم أره الآن.

وحاصل مسائل رد الإقرار بالمال أنه لا يخلو، إما أن يرده مطلقا، أو يرد الجهة التى عينها المقر ويحوّلها إلى أخرى، أو يرده لنفسه ويحوّله إلى غيره، فإن كان الأول بطل، وإن كان الثانى، فإن لم يكن بينهما منافاة وجب المال كقوله له ألف بدل قرض فقال بدل غصب، وإلا بأن كان بينهما منافاة بطل كقوله ثمن عبد لم أقبضه وقال قرض أو غصب ولم يكن العبدُ فى يده فيلزمه الألف صدقه فى الجهة أو كذبه عند الإمام، وإن كان فى يده فالقول للمقر فى يده، وإن كان الثالث نحو ما كانت لى قط لكنها لفلان، فإن صدقه فلان تحول إليه وإلا فلا، وإن كان بطلاق أو عتاق أو ولاء أو نكاح أو وقف أو نسب أو رق لم يرتد بالرد فيقال الإقرار يرتد برد المقر له إلا فى هذه.

قال فى المنية: وإن كان بينهما منافاة، بأن قال المدعى عليه ثمن عبد باعنيه إلا أنى لم أقبضه وقال المدعى بدل قرض أو غصب، فإن لم يكن العبد فى يد المدعى بأن أقر المدعى عليه ببيع عبد لا بعينه، فعند الإمام يلزمه الألف صدقه المدعى فى الجهة أو كذبه ولا يصدق فى قوله لم أقبضه وإن وصل، وإن كان فى يد المدعى بأن كان المقرعين عبدا، فإن صدّقه المدعى يؤمر بأخذه وتسليم العبد إلى المقر، كذا إذا قال العبد له ولكن هذه الألف عليه من غير ثمن هذا العبد، وإن كذبه وقال العبد لى وما بعته وإنما لى عليه بسبب آخر من بدل قرض أو غصب فالقول للمقر مع يمينه بالله ما لهذا عليه ألف من غير ثمن هذا العبد اهـ وإنما نقلت عبارة المنية لأن فى عبارة البحر اختصارا كما نبه عليه سيدى الوالد (قوله فرده المقر له) كما إذا قال ليس لى عليك شىء أو قال هى لك أو هى لفلان اهـ فتح أى ولم يصدقه فلان وإلا فهو تحويل بحر، وقيد برد المقر له لأن المقر لو رد إقرار نفسه كأن أقر بقبض المبيع أو الثمن ثم قال لم أقبض وأراد تحليف الآخر أنه أقبضه أو قال هذه لفلان ثم قال هو لى وأراد تحليف فلان أو أقر بدين ثم قال كنت كاذبا لا يحلف المقر له فى المسائل كلها عند أبى حنيفة لأنه متناقض كقوله ليس لى على فلان شىء ثم ادعى عليه مالا وأراد تحليفه لم يحلف. وعند أبى يوسف يحلف للعادة، وسيأتى فى مسائل شتى آخر الكتاب أن الفتوى على قول أبى يوسف، واختاره أئمة خوارزم، لكن اختلفوا فيما إذ دعاه وارث المقر على قولين ولم يرجح فى البزازية منهما شيئا. قال الصدر الشهيد: الرأى فى التحليف للقاضى، وفسره فى فتح القدير بأن يجتهد فى خصوص الوقائع، فإن غلب على ظنه أنه لم يقبض حين أقر يحلف له الخصم، وإن لم يغلب على ظنه ذلك لا يحلفه وهذا إنما هو فى المتفرس فى الأخصام اهـ بحر (قوله ثم صدقه) قيد بكون التصديق بعد الرد لأنه لو قبل الإقرار أولا ثم رده لم يرتد، وكذا الإبراء عن الدين وهبته لأنه بالقبول قد تم، وكذا إذا وقف على رجل فقبله ثم رده لم يرتد، وإن رده قبل القبول ارتد، وقالوا: إن الإبراء يرتد بالرد إلا فيما إذا قال المديون أبرئنى فأبرأه فإنه

فى مجلسه (فلا شىء عليه) للمقر له إلا بحجة

لا يرتد ، وكذا إبراء الكفيل لا يرتد بالرد بحر ، لكن قال سيدى : وفى البزازية : الإقرار والإبراء لا يحتاجان إلى القبول ويرتدان بالرد . قال فى الخلاصة لأن لكل أحد ولاية على نفسه وليس لغيره أن يمنعه، ولكن للمقر له أن لايقبل صيانة لنفسه عن المنة. وفى التتارخانية نقلا عن الكافى والملك يثبت للمقرله بلاتصديق وقبول ولكن يبطل برده اهـ.

قلت : ويستثنى (١)الإبراء عن بدل الصرف والسلم فإنه يتوقف على القبول ليبطلا (قوله فى مجلسه) قيد به ليفهم ما إذا لم يكن فى مجلسه بالأولى اهـ ح . قال فى المنح بأن قال كان لى عليك فى مكانه أو بعده (قوله فلا شىء عليه للمقر له الخ) لأن الإقرار هو الأول وقد ارتد بالرد والثانى دعوى فلابد من الحجة أو تصديق الخصم أى المقر ، حتى لو صدقه المقر ثانيا لزمه الألف استحسانا كما فى الهداية وعامة شروحها . قال والمراد بالحجة البينة ط . قال سيدى الوالد : كيف تقبل حجته وهو متناقض فى دعواه تأمل فى جوابه سعدية. واستشكله فى البحر أيضا . ونقل خلافه عن البزازية حيث قال : فى يده عبد فقال لرجل هو عبدك فرده المقر له ثم قال هو عبدى وقال المقر هو عبدى فهو لذى اليد المقر ، ولو قال ذو اليد لآخر هو عبدك فقال بل هو عبدك ثم قال الآخر بل هو عبدى وبرهن لا يقبل للتناقض اهـ وهذا يخالف ما فى الهداية من أنه لابد من الحجة فإنه يقتضى سماع الدعوى اهـ .

أقول : وهذا وجهه ظاهر دون ما فى الشارح . ويمكن أن يحمل على ما إذا كان الرد بالنفى فقط من غير أن يقول بل هو لك أو لفلان فتزول مخالفته للبزازية . قال فى البحر : وهذا بخلاف ما إذا قال اشتريت وأنكر له أن يصدقه لأن أحد العاقدين لاينفرد بالفسخ كما لاينفرد بالعقد . والمعنى أنه حقهما فبقى العقد فعمل التصديق ، أما المقر له فينفرد برد الإقرار فافترقا كذا فى الهداية . وناقضه فى الكافى بأنه ذكر هنا أن أحد المتعاقدين لاينفرد بالفسخ . وفى مسألة التجاحد قال ولأنه لما تعذر استيفاء الثمن من المشترى فات رضا البائع فيستبد بالفسخ والتوفيق بين كلاميه صعب اهـ وأقره عليه فى فتح القدير بقوله بعده وهو صحيح ، ويقتضى أنه لو تعذر الاستيفاء مع الإقرار بأن مات ولا بينة أن له أن يفسخ ويستمتع بالجارية والوجه ما قدمه أولا اهـ. وأجاب عنه فى العناية بأنه لا مناقضة لأنه إنما حكم أولا بكونه فسخا من جهته لا مطلقا ، أو لأن كلامه الأول فيما إذا ترك البائع الخصومة والثانى فيما إذا لم يتركها ، لكن قال سيدى الوالد فى منحة الخالق عن الحواشى اليعقوبية . قال صاحب الكفاية : لا تناقض بين كلاميه فيحتاج إلى التوفيق لأن مراده بقوله لأن أحد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ فيما إذا كان الآخر على العقد معترفا به كما إذا قال أحدهما اشتريت وأنكر الآخر لا يكون إنكاره فسخا للعقد إذ لا يتم به الفسخ ، وفيما إذا قال أحدهما اشتريت منى هذه الجارية وأنكر فالمدعى للعقد هو البائع والمشترى ينكر العقد والبائع بانفراده على العقد فيستبد بفسخه ، وفيه كلام ، وهو أن الظاهر أن قوله فيما سبق ولأنه لما تعذر إلى آخر كون مجرد استقلال البائع فى الفسخ لتعذر استيفاء الثمن دليلا مستقلا لحل الوطء بدون اعتبار كون إنكار المشترى فسخا من جانبه ، حتى لو تعذر الاستيفاء مع عدم الإنكار لا يستبد بالفسخ أيضا ، ويدل على هذا قول صدر الشريعة فى تقرير حل الوطء لا سيما إذا جحد المشترى الخ كما لا يخفى ، بل غاية ما يمكن فى التوفيق أن يقال إن مراده فيما سبق استبداد البائع بالفسخ لضرورة تعذر

---

(١) (قوله ويستثنى) أى من قولهم الإبراء لا يتوقف على القبول اهـ منه.

أو إقرار ثانيا ، وكذا الحكم فى كل مافيه الحق لواحد .

(ومن ادعى على آخر مالا فقال) المدعى عليه (ماكان لك علىّ شيء قط فبرهن المدعى على) أن له عليه (ألف وبرهن) المدعى عليه (على القضاء) أى الإيفاء (أو الإبراء ولو بعد القضاء) أى الحكم بالمال ، إذ الدفع بعد قضاء القاضى صحيح إلا فى المسألة المخمسة

استيفاء الثمن ووجوب دفع الضرر وهنا لا ضرورة للمقر له بالشراء إلى الفسخ فلا يستبد به ، فمراده من قوله ههنا لأن أحد العاقدين لا ينفرد بالفسخ الخ عدم الانفراد عند عدم الضرورة فلا تناقض لكنه بعيد لايخفى فليتأمل اه (قوله أو إقرار ثانيا) الأولى ثان ويكون صفة للإقرار فإنه نكرة (قوله وكذا الحكم فى كل مافيه الحق لواحد) كما هنا فإن المقر له ينفرد برد الإقرار ، بخلاف ما إذا قال اشتريت وأنكر فإن له أن يصدقه لأن أحد العاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد اهـ ح .

وفى البحر : الحاصل أن كل شيء يكون لهما جميعا إذا رجع المنكر إلى التصديق قبل أن يصدقه الآخر على إنكاره فهو جائز كالبيع والنكاح وكل شيء يكون الحق فيه لواحد كالهبة والصدقة والإقرار لاينفعه إقراره بعده اه أى لاينفعه رجوعه إلى التصديق . وحاصل مسائل الإقرار تقدم الكلام عليها موضحا (قوله ماكان لك) انظر لو لم يذكر لفظ كان ، وانظر ما سنذكره قريبا عند واقعة سمرقند فإنه يفيد الفرق بين الماضى والحال .

أقول : ويمكن أن يقال إنه نص على المتوهم ، إذ لو لم يذكره لا تناقض لأن نفى الحال لا يفيد نفى الماضى تأمل (قوله قط) قال فى البحر : ولا فرق بين أن يؤكد النفى بكلمة قط أولا اه فيكون التقييد بها اتفاقيا اه حموى (قوله على أن له عليه الخ) الأصوب أن يقول على ألف له عليه فافهم . وفى بعض النسخ على أن له عليه ألف (قوله على القضاء) أى الإيفاء ، قيد بدعوى الإيفاء بعد الإنكار إذ لو ادعاه بعد الإقرار بالدين فان كان كلا القولين فى مجلس واحد لم يقبل للتناقض ، وإن تفرقا عن المجلس ثم ادعاه وأقام البينة على الإيفاء بعد الإقرار تقبل لعدم التناقض ، وإن ادعى الإيفاء قبل الإقرار لا يقبل كذا فى خزانة المفتين بحر .

أقول : ينبغى تقييد قوله إذ لو ادعاه بعد الإقرار بما إذا كان الإقرار بلفظ له علىّ بدون كان وإلا فلا تناقض كما هو ظاهر تأمل ، وقوله وإن ادعى الإيفاء قبل الإقرار أى حصول الإيفاء قبل فقبل ظرف للإيفاء لا لادعى .

مطلب حادثة الفتوى

بقى ما إذا ادعى إيفاء البعض وهى حادثة الفتوى . قال فى مجموع النوازل : ادعى عليه شيئا فأجاب قائلا إنى آتى بالدفع فقيل أعلى الإيفاء أو الإبراء فقال على كليهما يسمع قوله إن وفق ، بأن قال أوفيت البعض وأبرأنى عن البعض ، أو قال أبرأنى عن الكل لكن لما أنكر أوفيته اه . قال فى البحر : ولا يخفى أن على القول بأن الإمكان كاف يسمع مطلقا اه (قوله ولو بعد القضاء) أى قضاء القاضى بلزوم المال على المنكر .

مطلب بيان وجه تسمية المخمسة وبيان أقوالها

(قوله إلا فى المسألة المخمسة) سميت بذلك لأن فيها خمسة أقوال للعلماء : الأول ما فى الكتاب ، وهو أنه

كما سيجىء (قبل) برهانه لإمكان التوفيق لأن غير الحق قد يقضى ويبرأ منه دفعا للخصومة وسيجىء فى الإقرار أنه لو برهن على قول المدعى أنا مبطل فى الدعوى أو شهودى كذبة أو ليس لى عليه شىء

تندفع خصومة المدعى وهو قول أبى حنيفة . الثانى قول أبى يوسف واختاره فى المختار أن المدعى عليه إن كان صالحا فكما قال الإمام ، وإن معروفا بالحيل لم تندفع عنه . الثالث قول محمد إن الشهود إذا قالوا نعرفه بوجهه فقط لا تندفع ، فعنده لابد من معرفته بالوجه والاسم والنسب . وفى البزازية : تعويل الأئمة على قول محمد . وفى العمادية : لو قالوا نعرفه باسمه ونسبه لا بوجهه لم يذكر فى شىء من الكتب ، وفيه قولان . وعند الإمام لابد أن يقولوا نعرفه باسمه ونسبه وتكفى معرفة الوجه . واتفقوا على أنهم لو قالوا أودعه رجل لا نعرفه لم تندفع : الرابع قول ابن أبى شبرمة إنها لا تندفع عنه مطلقا . الخامس قول ابن أبى ليلى تندفع بدون بينة وتمامه فى البحر ، ويأتى إن شاء الله تعالى فى الدعوى، أو لأن صورها خمسة : وديعة وإجارة وإعارة ورهن وغصب كأودعنيه فلان أو أعارنيه أو آجرنيه أو ارتهنته أو غصبته منه أو قال أخذت هذه الأرض مزارعة من فلان وهذا الكرم معاملة منه .

قال فى البحر : واعلم أن قولهم إن الدفع بعد الحكم صحيح مخالف لما قدمناه من أن القاضى لو قضى للمدعى قبل الدفع ثم دفع بالإيداع ونحوه فإنه لا يقبل إلا أن يخص من الكلى فافهم .

قال السيد الحموى . أقول : يرد عليه ما فى الدرر من باب دعوى النسب . برهن أنه ابن عمه لأبيه وأمه وبرهن الدافع أنه ابن عمه لأمه فقط أوعلى إقرار الميت به كان دفعا قبل القضاء لابعده لتأكده بالقضاء بخلاف الثانى اه فينبغى أن تخص هذه المسألة عن الكلية ، وحينئذ لا وجه لقوله إلا فى المسأله الخمسة اه تأمل (قوله كما سيجىء) أى فى فصل دفع الدعاوى من كتاب الدعوى حلبى (قوله قبل برهانه لإمكان التوفيق الخ) مشى على القول بأن إمكان التوفيق كاف كما تقدم .

مطلب الدعوى إذا فصلت بوجه شرعى لا تنقض إلا لفائدة

قال سيدى الوالد فى تنقيحه فى جواب سؤال الدعوى إذا فصلت مرة بالوجه الشرعى مستوفية لشرائطها الشرعية لا تنقض ولا تعاد .

أقول : ليس هذا على إطلاقه ، بل هذا حيث لم يزد المدعى على ما صدر منه أولا ، أما لو جاء بدفع صحيح أو جاء ببينة بعد عجزه عنها فإنها تسمع دعواه .

مطلب يصح الدفع ودفع الدفع ودفعه

قال مشايخنا فى كتبهم كالذخيرة وغيرها كما يصح الدفع يصح دفع الدفع وكذا يصح دفع دفع الدفع وما زاد عليه يصح وهو المختار ، وكما يصح قبل إقامة البينة يصح بعدها ، وكما يصح الدفع قبل الحكم يصح بعد الحكم .

وفى الذخيرة : برهن الخارج على نتاج فحكم له ثم برهن ذو اليد على النتاج يحكم له به اه فإذا كان هذا فى بينة مثبتة ولها اعتبار وحكم بها وسمع بعدها دعوى المحكوم عليه وبطل القضاء على المحكوم عليه فكيف لا تبطل بينة ذى اليد فيما ألحق بالملك المطلق ، وإن حكم القاضى له بظاهر اليد المغنية له عن البينة فكيف بينة غير مثبتة لأن عنها غنى باليد ولا حاجة للحكم بها إذ القضاء للمدعى عليه عند عدم بينة الخارج قضاء ترك

لاقضاء استحقاق ، فنقول : إن أعاد الخصم الدعوى ولا بينة معه بما يدعى لا تسمع دعواه لأنها عين الأولى حيث لم يقم بينة ولم يأت بدفع شرعى ، وقد منع أولا لعدم إقامتها فما أتى به تكرار محض منه ، وقد منع بما سبق فلا يلتفت إليه ولا يسمع منه إجماعا . وفى البزازية : لا تسمع دعواه بعده فيه إلا أن يبرهن على إبطال القضاء بأن ادعى دارا بإرث وبرهن وقضى له ثم ادعى المقضى عليه الشراء من مورّث المدعى أوادعى الخارج الشراء من فلان وبرهن المدعى عليه على شرائه من فلان أو من المدعى قبله(١) أو يقضى عليه بالدابة فبرهن على نتاجها عنده اه وهذا يفيدأن قولهم يصح الدفع بعد الحكم مقيد بما إذا كان فيه إبطال القضاء وينبغى تقييده أيضا بما إذا لم يمكن التوفيق .

مطلب لو أتى بالدفع بعد الحكم فى بعض المواضع لا يقبل

لما فى جامع الفصولين عن فتاوى رشيد الدين لو أتى بالدفع بعد الحكم فى بعض المواضع لا يقبل نحو أن يبرهن بعد الحكم أن المدعى أقر قبل الدعوى أنه لاحق له فى الدار لا يبطل الحكم لجواز التوفيق بأن شراه بخيار فلم يملكه فى ذلك الزمان ثم مضت مدة الخيار وقت الحكم فملكه فلما احتمل هذا لم يبطل الحكم الجائز بشك ، ولو برهن قبل الحكم يقبل ولا يحكم إذ الشك يدفع الحكم ولا يرفعه اه لكن ينبغى أن يكون هذا مبنيا على القول بأن إمكان التوفيق كاف ، أما على القول بأنه لابد من التوفيق بالفعل فلا تقييد بما ذكر ، وقد ذكروا القولين فى مسائل التناقض .

والذى اختاره فى جامع الفصولين وقال إنه الأصوب عندى وأقره فى نور العين أنه إن كان التناقض ظاهرا والتوفيق خفيا لا يكفى إمكان التوفيق وإلا يكف الإمكان ثم أيده بمسألة فى الجامع ، وهى لو أقر أنه له فمكث قدر ما يمكنه الشراء منه ثم برهن على الشراء منه بلا تاريخ قبل لإمكان التوفيق بأن يشتريه بعد قراره ، ولأن البينة على العقد المبهم(٢) تفيد الملك للحال اه (قوله صح الدفع) بخلاف لم يكن لى لأن ليس لنفى الحال ولم يكن لى لنفيه فى المضى كما فى التتارخانية .

قال فى الدرر : برهن على قول المدعى أنا مبطل فى الدعوى أو شهودى كذبة أو ليس لى عليه شىء صح الدفع اه . ومثله فى العمادية . وفيها ادعى رجل مالا أو عينا فقال المدعى عليه إنك أقررت فى حال جواز إقرارك أن لا دعوى لى ولا خصومة لى عليك وأثبت ذلك بالبينة تسمع وتندفع دعواه وإن كان يحتمل أنه يدعى عليه بسبب الإقرار ، لكن الأصل أن الموجب والمسقط إذا تعارضا يجعل المسقط آخرا . لأن السقوط يكون بعد الوجوب سواء اتصل القضاء بالأول أو لم يتصل اه .

والحاصل أنه لو ادعى رجل على رجل مالا وقضى به للمدعى بالبينة ثم قال المدعى كنت كاذبا فما ادعيت يبطل القضاء ، وإذا قال المدعى بعد القضاء المقضى به ليس ملكى لا يبطل القضاء ، بخلاف ما إذا قال لم يكن ملكى وهذا لأن قوله ليس ملكى يتناول الحال وليس من ضرورة نفى الحال انتفاءه من الأصل ، بخلاف قوله لم يكن ملكى ، فلو ادعى زيد على عمرو مالا فأنكر عمرو دعواه ثم إن زيدا أثبت مدعاه وحكم الحاكم

---

(١) (قوله قبله) متعلق بشرائه اه منه .

(٢) (قوله على العقد المبهم) أى الذى لم يؤرخ اه منه .

فى فصل الاستشراء (كما) يقبل (لو ادعى القصاص على آخر فأنكر) المدعى عليه (فبرهن المدعى) على القصاص (ثم برهن المدعى عليه على العفو أو) على (الصلح عنه على مال وكذا فى دعوى الرق) بأن ادعى عبودية شخص فأنكر فبرهن المدعى ثم برهن العبد أن المدعى أعتقه يقبل إن لم يصالحه . ولو ادعى الإيفاء ثم صالحه قبل برهانه على الإيفاء اه بحر .

وفيه برهن أن له أربعمائة ثم أقر أن عليه للمنكر ثلثمائة سقط على المنكر ثلثمائة ، وقيل لا وعليه الفتوى ملتقط . وكأنه لأنه لما كان المدعى عليه جاحدا فذمته غير مشغولة فى زعمه فأين تقع المقاصة ، والله تعالى أعلم (وإن زاد) كلمة (ولا أعرفك ونحوه) كما رأيتك (لا) يقبل لتعذر التوفيق ، وقيل يقبل لأن المحتجب

به وأخذ زيد المال منه ثم ادعى عمرو إنك كاذب ومبطل فى دعواك هذه حتى إنك أقررت بذلك لدى بينة شرعية وأثبت عمرو مدعاه فله استرداد المال المذكور كما يستفاد مما ذكرناه (قوله فى فصل الاستشراء) أى طلب شراء شىء ، وفيه فوائد جمة تأتى (قوله إن لم يصالحه) راجع إلى قوله قبل برهانه ، وكان محل هذه المسألة عند قوله ومن ادعى على آخر مالا قال فى المنح وهذا إذا لم يصالح : أما إذا أنكر فصالحه على شىء ثم برهن على الإيفاء أو الإبراء لم يسمع برهانه على الإيفاء اه . قال فى البحر : وقيد بكون المدعى عليه لم يصالح لسكوته عنه والأصل العدم . أما إذا أنكر فصالحه على شىء ثم برهن على الإيفاء أو الإبراء لم تسمع دعواه كذا فى الخلاصة بخلاف ما إذا ادعى الإيفاء ثم صالحه فإنه يقبل منه برهانه على الإيفاء كما فى الخزانة لأنه متى أمكن التوفيق فلا تناقض . فمن ذلك ادعى مالا بالشركة ثم ادعاه دينا عليه تسمع ، وعلى القلب لا لأن مال الشركة ينقلب دينا بالجحود والدين لا ينقلب أمانة ولا شركة كذا فى البزازية .

ومن مسائل دعوى الإيفاء ما فى المحيط من المسألة المخمسة : ادعى على آخر مائتى درهم وأنه استوفى مائة وخمسين وبقى عليه خمسون وأثبتها بالبينة ثم برهن المدعى عليه أنه أوفاه الخمسين لا تسمع حتى يقولا هذه الخمسين التى تدعى لأن فى مائة وخمسين خمسين (قوله قبل برهانه على الإيفاء) ولا يكون صلحه مبطلا لدعوى الإيفاء لأن غير الحق قد يقضى دفعا للخصومة أو كأنه لم يجد برهانا فصالح ثم وجد فأقامه فلا يكون إقدامه على الصلح إقرارا بخلاف الأولى تأمل . قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى : وانظر لو برهن على إيفاء البعض فقد صارت حادثة الفتوى اه . أقول : لا فرق يظهر بينهما تأمل .

(قوله وقيل لا وعليه الفتوى) قال فى البحر : وليتأمل فى وجه عدم السقوط . وأجاب المصنف عنه بما ذكره الشارح . قال فى المنح : والظاهر أن وجهه أن المدعى عليه لما كان جاحدا فذمته غير مشغولة بشىء فى زعمه فأنى تقع المقاصة . والله تعالى أعلم اه . ونقله عنه الرملى مع زيادة وهى قوله : أو نقول يجعل تصميمه على الإنكار رد لما أقر به المدعى وهو مما يرتد بالرد اه (قوله وكأنه الخ) من كلام صاحب المنح ، وهو جواب لتوقف البحر فى عدم السقوط وحينئذ فيحتاج للمقاصة صريحا لا ضمنا أو أن يصدقه فى الكل ، لكن وجه القول الأول يظهر لى لأن السقوط يكفى فى زعم المدعى (قوله فأين) الواقع فى المنح فأنى تقع المقاصة فله أن يطالبه بثلثمائة (قوله وإن زاد لا أعرفك) على قوله فيما تقدم ما كان لك على شىء قط (قوله كما رأيتك) أو ما جرى بينى وبينك معاملة أو مخالطة أو خلطة أو لا أخذ ولا عطاء أو ما اجتمعت معك فى مكان كما فى فتح القدير بحر (قوله لا يقبل) أى برهانه على القضاء أو الإبراء (قوله لتعذر التوفيق) أى بين كلاميه لأنه لا يكون بين اثنين معاملة من غير معرفة ذكره أصحابنا (قوله لأن المحتجب) من الرجال هو من لا يتولى

أو المخدرة قد يتأذى بالشغب على بابه فيأمر بإرضاء الخصم ولا يعرفه ثم يعرفه ، حتى لو كان ممن يعمل بنفسه لا يقبل ، نعم لو ادعى إقرار المدعى عليه بالوصول أو الإيصال صح درر فى آخر الدعوى لأن التناقض لايمنع صحة الإقرار .

(أقر ببيع عبده) من فلان (ثم جحد صح)

الأعمال بنفسه بقرينة قوله حتى لو كان الخ ، وقيل من لا يراه كل أحد لعظمته (قوله بالشغب على بابه) الشغب بالسكون ، وقيل يحرك تهييج الشرقاموس (قوله حتى لو كان) أى المدعى عليه فرع هذا على ذلك القول أى التقييد بالمحتجب فى النهاية تبعا لقاضيخان . وفى إصلاح الإيضاح وفيه نظر لأن مبنى إمكان التوفيق على أن يكون أحدهما ممن لا يتولى الأعمال بنفسه لا على أن يكون المدعى عليه بخصوصه اه . ودفعه ظاهر لأن الكلام كله فى تناقض المدعى عليه لا المدعى بحر .

مطلب جواب حادثة الفتوى

أقول : ويؤخذ من كلام الشارح ومما تقدم جواب حادثة الفتوى كما فى الحواشى الخيرية . وهى ادعى أن مورثه اشترى منك ثورا بكذا اقبضه منه كذا وبقى كذا فأجاب بأن مورثى لم يشتر منك ثورا قط ولا كان يعرفك فبرهن على دعواه فبرهن الآخر على دفع جميع الثمن أنه يقبل بلا شك لأنه لا يصح جوابه إلا على نفى العلم اه (قوله نعم لو ادعى الخ) هذا مرتبط بكلام محذوف مفهوم من المقام تقديره . وإذا لم يمكن التوفيق لم يندفع التناقض ، كما لو قال لم أدفع إليه شيئا ثم ادعى الدفع لم يسمع لأنه يستحيل أن يكون دافعا وغير دافع فى شىء واحد ، نعم لو ادعى الخ . قال فى الدرر عن القنية : المدعى عليه قال للمدعى لا أعرفك فلما ثبت الحق بالبينة ادعى الإيصال لاتسمع ، ولو ادعى إقرار المدعى بالوصول أو الإيصال تسمع اه . قال فى البحر لأن المتناقض هو الذى يجمع بين كلامين وهنا لم يجمع ، ولهذا لو صدقه المدعى عيانا لم يكن متناقضا ذكره التمرتاشى اه وتمامه فيه ، وهو أحسن مما علل به الشارح ، وبه ظهر أن قول الشارح إقرار المدعى عليه صوابه المدعى بإسقاط عليه إلا أن يقرأ المدعى عليه بصيغة المبنى للفاعل فيكون معناه الذى ادعى عليه الدفع تأمل . ثم رأيت ما يؤيد هذا فى المقدسى حيث قال : وقالوا فيمن قال لم أدفع ثم قال دفعت لم يقبل للتناقض إلا إذا ادعى إقرار المدعى بذلك فيقبل لأن التناقض لايمنع صحة الإقرار وعلله بما علل به البحر .

مطلب حادثة أذن لمديونه فى دفعه لأخيه الخ

وأجاب صاحب البحر فى حادثة هى أذن لمن عليه الدين فى دفعه إلى أخيه ثم ادعى عليه به ، وأنه لم يدفع فقال دفعت ثم قال لم أدفع فحكم به فجاء الأخ فأقر بالدفع له فإنه يبرأ لأن تصديق الأخ المأذون فى الدفع إليه كتصديق المدعى اه وقد علمت ما إذا صدق المدعى ، وحكى صاحب الكافى قبول البينة على الإبراء فى فصل المحتجب والمخدرة باتفاق الروايات لأن الإبراء يتحقق بلا معرفة لكن عبر عنه صاحب البحر والعينى بقيل (قوله بالوصول أو الإيصال) بأن ادعى إقراره بأنه وصله منه كذا أو أوصله وبرهن (قوله لأن التناقض) أى من الغريم (قوله لا يمنع صحة الإقرار) أى إقرار الدائن بالدفع إليه إذا قامت قرينة قوية كما يفهم من سياقهم (قوله ثم جحده صح) أى جحوده ، ومعنى صحة جحوده أنه لا يكون متناقضا ولا تسمع البينة بإقراره السابق . وفيه لأن البيع عقد متحقق من إيجاب وقبول صادرين منهما فكيف صح جحوده ط (قوله بلا ثمن باطل) هذا إنما يظهر إذا أقر ببيع عبده بلا ثمن والفرض الإطلاق ، والواقع الذى لا يكاد أن يتخلف أن البيع

لأن الإقرار بالبيع بلا ثمن باطل إقرار بزازية .

(ادعى على آخر أنه باعه أمته) منه (فقال) الآخر (لم أبعها منك قط فبرهن) المدعى (على الشراء) (منه وجد) المدعى (بها عيبا) وأراد ردها (فبرهن البائع أنه) أى المشترى (برىء إليه من كل عيب بها لم تقبل) بينة البائع للتناقض . وعن الثانى تقبل

لا يكون إلا بثمن ، لأن الإقرار بالبيع إقرار بركنيه لأنه مبادلة مال بمال . فلو قيل بصحة الإقرار ثم بالبحث عن تعيين الثمن لكان له وجه ط (قوله لأن الإقرار بالبيع الخ) فيه ما تقدم آنفا من أن الإقرار بالبيع إقرار بركنيه لأنه مبادلة مال بمال ، إلا أن يحمل على أنه أقر بالبيع بلا مال تأمل .

قال فى المبسوط : شهد على إقرار البائع بالبيع ولم يسميا الثمن ولم يشهدا بقبض الثمن لا تقبل ، لأن حاجة القاضى إلى القضاء بالعقد ولا يتمكن من ذلك إذا لم يكن الثمن مسمى . وإن قالا أقر عندنا أنه باعه منه واستوفى الثمن ولم يسميا الثمن جاز لأن الحاجة إلى القضاء بالملك للمدعى دون القضاء بالعقد فقد انتهى حكم العقد باستيفاء الثمن .

وفى مجمع الفتاوى : شهدا أنه باع وقبض الثمن جاز وإن لم يبينوا الثمن ، وكذا لو شهدا بإقرار البائع أنه باعه وقبض الثمن اه .

مطلب لو شهد على البيع وقبض الثمن يقبل وإن لم يبينوه

وقال فى الخلاصة : شهدوا على البيع بلا بيان الثمن ، إن شهدوا على قبض الثمن تقبل ، وكذا لو بين أحدهما وسكت الآخر اه نور العين فى أوائل الفصل السادس ، وسيأتى الكلام على ذلك مستوفى فى كتاب الشهادة وفى باب الاختلاف فيها إن شاء الله تعالى (قوله أمته منه) لاحاجة إلى قوله منه لأن ضمير باعه يغنى عنه اهح أى لأن باع قد استوفى معموله لأنه يتعدى بنفسه وبمن ، وقد عداه المصنف بنفسه حيث قال باعه ، إلا أن يقال إنما ذكره لدفع توهم عود الضمير إلى المدعى من أول الأمر تأمل (قوله عيبا) أى قديما يوجب الرد (قوله فبرهن الخ) أما لو برهن على الفسخ يقبل ، لأن الإنكار فسخ منح (قوله أى المشترى) لو رجع الضمير إلى البائع لكان أولى ، لأن البراءة من العيوب تكون من البائع غالبا بأن يقول بعتكه وأنا برىء من الرد مما فيه من العيوب ، نعم الإبراء يكون من المشترى ط (قوله لم تقبل بينة البائع) أى للتناقض ، إذ شرط البراءة من العيب تصرف فى العقد بتغييره عن اقتضاء صفة السلامة إلى غيرها . وتغيير العقد من وصف إلى وصف بلا عقد محال ، وإذا بطل التوفيق ظهر التناقض .

مطلب أنكر البيع فأثبته المشترى وأراد الرد بالعيب

فادعى البائع البراءة عن عيب لا يقبل للتناقض

(قوله للتناقض) لأن إشتراط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره فيقتضى وجود العقد إذ الصفة بدون الموصوف لاتتصور وقد أنكره فيكون مناقضا .

واستشكل بأنه ينبغى أن تقبل البينة فيها وفاقا خلافا لزفر ، لأنه صار مكذبا شرعا ببينة المدعى فلحق إنكاره بالعدم كما تقدمت نظائره ، فصار كما فى الكفالة من أن رجلا لو برهن أن له على الغائب ألفا وهذا كفيله بأمره يرجع الكفيل على الغائب ولو أنكر الكفالة أصلا ، لأنه صار مكذبا شرعا فى إنكاره فلحق بالعدم .

لإمكان التوفيق ببيع وكيله وإبرائه عن العيب ومنه واقعة سمرقند .

قال : ويمكن الفرق بأن الحكم بأدائه ثمة حكم بالرجوع أيضا فلا حاجة إلى إقامة البينة ثانياً على كفالته لثبوتها أولا ، وهنا الحكم بالشراء ليس بحكم بالبراءة والإيفاء فلابد من الدعوى فيبطله التناقض فافترقا .
ويمكن بأن يرد بأن إنكاره لما لحق بالعدم لما مر لايتحقق التناقض لعدم إنكار البيع والشراء فينبغي أن يصح الدعوى على أصل .

مطلب أنكر البيع فأثبته المشترى فادعى البائع الإقالة تسمع

قال فى العدة(١) أنكر البيع فبرهن عليه المشترى فادعى البائع إقالة يسمع هذا الدفع ولو لم يدع الإقالة ولكن ادعى إيفاء الثمن أو الإبراء اختلف المتأخرون اهـ . وقد يجاب بأن المقر إنما يصير مكذبا شرعا إذا حكم القاضى بما يخالف إقراره ، وفى مسألتنا لم يقض بالبيع حتى تناقض الخصم فلم يكن مكذبا شرعا بحر . قال ط : وفيه نظر اهـ وكذا نظر فيه الرملى . قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى : أى تفسير للتنظير ، فإن القضاء بالشراء قضاء بالبيع ، فما معنى قوله لم يقض القاضى بالبيع .

مطلب الجواب النافع عن إشكال جامع الفصولين

وأقول : الجواب النافع إن شاء الله تعالى مايستفاد من كتاب نور العين فى غير هذا المحل وفى غير هذه المسألة وهو أن الكفيل لما التحق زعمه بالعدم وثبت خلافه وهو كونه كفيلا لم يسع فى إعادة زعمه ولم يرد نقض البينة بل رضى بموجبها حتى جعله مبنى لدعواه الرجوع على الأصيل . وأما البائع فى مسألتنا فقد سعى فى إعادة مآل زعمه وهو براءة ذمته بعد التحاقه بالعدم بثبوت خلافه وأراد نقض ماأثبتته البينة وهو عدم براءة ذمته فهذا فرق واضح حق ، وكذا يقال فى دعوى الإقالة لأنها فسخ للعقد الذى أثبته الخصم بالبينة ، ففيه تقرير لموجبها وهى المتقدمة عن البحر عن العدة فيما إذا ادعى على آخر أنه اشترى منه هذه الدار فأنكر الشراء فلما أقام المدعى البينة على الشراء ادعى المدعى عليه أنه ردها عليه يعنى أقالها يسمع هذا الدفع ، ولو لم يدع الإقالة ولكن يدعى إيفاء الثمن أو الإبراء اختلف المتأخرون .

مطلب ادعى شراء عبده فأنكر فأثبته فادعى البائع أنه رده عليه بالعيب يقبل

ومثله يقال فى جواب مسألة ماإذا ادعى عليه شراء عبده فأنكر فبرهن عليه فادعى عليه أنه رده عليه بالعيب تسمع لأنه صار مكذبا فى إنكاره البيع فارتفع التناقض بتكذيب الشرع كما ارتفع بتصديق الخصم اهـ فاحفظه فإنه ينفعك فى كثير من أمثال هذه المسائل (قوله لإمكان التوفيق ببيع وكيله) أى وكيل البائع ، فقوله أولا لم أبعها منك قط أى مباشرة ، وقوله إنه برىء إليه من كل عيب : أى إلى وكيله وفعل الوكيل كفعل الموكل (قوله وإبرائه عن العيب) من إضافة المصدر إلى مفعوله وهو ضمير الوكيل والفاعل المشترى الخ . وعلى ماقلنا مضاف إلى فاعله والضمير لوكيله وهو المفهوم من عبارة البحر .

مطلب واقعة سمرقند

(قوله ومنه واقعة سمرقند) أى من جنس مسألة المصنف ، وهو ماوقع فيه التناقض ، ولو صرح به لكان

---

(١) اسم كتاب وهو عدة الفتاوى اهـ منه .

ادعت أنه نكحها بكذا وطالبته بالمهر فأنكر فبرهنت فادعى أنه خلعها على المهر تقبل لاحتمال أنه زوّجه أبوه وهو صغير ولم يعلم خلاصة .

(يبطل) جميع (صك) أى مكتوب (كتب إن شاء الله فى آخره) وقالا : آخره فقط ، وهو استحسان راجح على قوله فتح .

واتفقوا أن الفرجة كفاصل السكوت وعلى انصرافه للكل

أوضح ، لكن لايظهر أن هذه الواقعة منه لأن عقد النكاح الأب فيه سفير لاتلحقه عهدة بخلاف بيع الوكيل. وأيضا الخلع هنا ظاهر فى أنه قائم به ، بخلاف المبرإ فإنه غير ظاهر فى أنه حاضر وقت البراءة ، فافهم أسرار المقال ولا تكن ممن يعرف الحق بالرجال ، نعم التوفيق ظاهر فيما نذكره فى القولة الآتية عن البحر ، ولو قال لانكاح بينى وبينك إلى آخر مانذكره عن سيدى الوالد رحمه الله تعالى (قوله ادعت الخ) بدل من واقعة .

مطلب قال لا نكاح بيننا فبرهنت فبرهن على الخلع بمال يقبل

(قوله فأنكر) أى بأن قال لانكاح بيننا كما فى البحر عن جامع الفصولين . وعبارة الخلاصة : فأنكر الزوج النكاح أصلا اه . قال فى البحر : ولو قال لانكاح بينى وبينك فلما برهنت على النكاح برهن هو على الخلع تقبل بينته اه أى لأن نفى الحال لايلزم منه نفى الماضى فلم يوجد تناقض أصلا ، لكن يعكر عليه قول الشارح لاحتمال أنه زوجه أبوه الخ ، والظاهر أنه تعليل لخلاف ظاهر الرواية .

مطلب لو قال لم أتزوجها قط أو لا نكاح قط فبرهنت فبرهن على الخلع بمال لا يقبل

وفى البحر : ولو قال لم يكن بيننا نكاح قط أو قال لم أتزوجها قط والباقى بحاله، فمقتضى مامر فى مسألة العيب على ظاهر الرواية ينبغى أن يكون هذا وسيلة للعيب فلا تقبل بينته ، وفى ظاهر الرواية لاتقبل بينة البراءة عن العيب لأنها إقرار بالبيع ، فكذا الخلع يقتضى سابقة النكاح فيتحقق التناقض اه سيدى الوالد بزيادة (قوله فبرهنت) أى على النكاح (قوله تقبل) أى دعواه : أى ويطالب بالبرهان عليها (قوله لاحتمال أنه زوجه أبوه وهو صغير) أى فإنكاره النكاح يحمل على نفى مباشرته إياه ، وهو لاينافى وقوعه له بطريق الإجبار مثلا ، وإذا كان كذلك فلا يناقض دعوى الخلع على المهر بعد (قوله جميع صك) فارسى معرب والجمع أصك وصكاك وصكوك اه ، وأشار بقوله جميع إلى أنه يبطل سواء اشتمل على شىء واحد أو أشياء والخلاف فى الثانى (قوله وقالا آخره) بالرفع أى يبطل آخر الصك المشتمل على أشياء ، إذ الأصل فى الجمل الإستقلال والصك يكتب للاستيثاق ، فلو انصرف إلى الكل كان مبطلا له فيكون ضد ماقصد له فينصرف إلى مايليه ضرورة كذا فى التبيين . وله أن الكل يكون كشىء واحد بحكم العطف فيصرف إلى الكل كما فى الكلمات المعطوفة .

قال الإمام إذا كتب بيع وإقرار وإجارة وغير ذلك ثم كتب فى آخره إن شاء الله تعالى بطل الكل قياسا ، لما تقدم من أن الكل لشىء واحد بحكم العطف . وعند أبى يوسف ومحمد بطل الأخير فقط استحسانا (قوله أن الفرجة) أى على أن الفرجة فى الخط كالسكوت فى النطق فيكون الإنشاء راجعا إلى مابعد الفرجة اتفاقا كما يرجع فى السكوت إلى مابعده (قوله وعلى إنصرافه) أى الإنشاء ، ولو قال وعلى الإنصراف للكل لكان أوضح .

فى جمل عطفت بواو وأعقبت بشرط . وأما الاستثناء بإلا وأخواتها فللأخير إلا لقرينة كله مائة درهم وخمسون دينارا إلا درهما فللأول استحسانا ، وأما الاستثناء بإن شاء الله بعد جملتين إيقاعيتين فإليهما اتفاقا، وبعد طلاقين معلقين أوطلاق معلق وعتق معلق فإليهما عند الثالث، وللأخير عند الثانى ،

مطلب فائدة نحوية

(قوله فى جمل) أى قولية وإلا نافى ماقبله(١) وهو مسألة كتب الصك كقوله امرأته طالق وعبده حر وعليه المشى إلى بيت الله تعالى إن شاء الله تعالى .

قال فى البحر : والحاصل أنهم اتفقوا على أن المشيئة إذا ذكرت بعد جمل متعاطفة بالواو كقوله عبده حر وامرأته طالق وعليه المشى إلى بيت الله تعالى إن شاء الله تعالى ينصرف إلى الكل فبطل الكل ، فمشى أبو حنيفة على أصله وهما أخرجا صورة .

مطلب صك كتب فيه بيع وإجارة وإقرار وغير ذلك وكتب فى آخره إن شاء الله تعالى

كتب الصك من عمومه بعارض اقتضى تخصيص الصك من عموم حكم الشرط المتعقب جملا متعاطفة للعادة وعليها يحمل الحادث ، ولذا كان قولهما استحسانا راجحا على قوله ، وظاهره أن الشرط ينصرف إلى الجميع وإن لم يكن بالمشيئة اهـ .

وفى وكالة البزازية : وعن الثانى قال امرأة زيد طالق وعبده حر وعليه المشى إلى بيت الله إن دخل هذه الدار فقال زيد نعم كان بكله لأن الجواب يتضمن إعادة مافى السؤال انتهى ، وكأن الشارح غفل عن قوله وأخرجا صورة كتب الصك فكان عليه أن يقول وعلى انصرافه للكل فى جمل قولية لم تكتب (قوله وأعقبت بشرط) أى سواء كان الشرط هو المشيئة أو غيرها كما صرح به فى البحر ، والظاهر أن هذا خاص بالإقرار لما سيأتى بعده من قوله وأما الاستثناء الخ تأمل (قوله وأما الاستثناء بإلا الخ) أى الواقع لفظا أو الواقع خطأ وهو بإطلاقه يعم طلاقين وعتاقين وطلاقا وعتقا (قوله فللأخير) أى اتفاقا لقربه واتصاله وانقطاعه عما سواه كما علم فى آية رد شهادة المحدود فى القذف . فإن قوله تعالى — إلا الذين تابوا — راجع إلى قوله — وأولئك هم الفاسقون — لا إلى قوله — ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا — أيضا ، فلو أقر بمالين لشخصين واستثنى شيئا كان من الآخر بحر .

وفيه : والحاصل أن الشرط إذا تعقب جملا متعاطفة متصلا بها فإنه للكل اهـ . قال فى الحواشى السعدية : لايقال كيف خالف أبو حنيفة أصله فإن الاستثناء ينصرف إلى الجملة الأخيرة على أصله لأن ذلك فى الاستثناء بإلا ، وقوله إن شاء الله تعالى شرط شاع إطلاق الاستثناء عليه فى عرفهم وليس إياه حقيقة فتأمل (قوله إلا لقرينة) فيعمل بها للأول أو للثانى (قوله فللأول) ولو قال إلا دينارا فللثانى (قوله إيقاعيتين) أى منجزتين ليس فيهما تعليق بقرينة المقابلة نحو أنت طالق وهذا حر إن شاء الله تعالى ح (قوله وبعد طلاقين معلقين) نحو إن دخلت الدار فأنت طالق وفلانة إن شاء الله تعالى (قوله أو طلاق معلق أو عتق معلق) نحو إن دخلت الدار فأنت طالق وعبدى حر إن شاء تعالى . وأشار به إلى أنه لافرق بين الشيئين من جنس واحد أو من جنسين والخلاف ، هذا

---

(١) (قوله وإلا نافى ما قبله) أى إن لم تفسره الجمل بالقولية بل بقيت على ما يراد بها أولا وهى الجمل فى الصك اوقعت المنافاة بين ذكره الاتفاق على الرجوع للكل وبين ذكره الخلاف فيما تقدم بين الإمام وصاحبيه لأنه أولا أحكى الخلاف وثانيا وحكى الاتفاق فلزم أن تفسر الجمل بالقولية لذلك اهـ منه .

ادعت أنه نكحها بكذا وطالبته بالمهر فأنكر فبرهنت فادعى أنه خلعها على المهر تقبل لاحتمال أنه زوّجه أبوه وهو صغير ولم يعلم خلاصة .

(يبطل) جميع (صك) أى مكتوب (كتب إن شاء الله فى آخره) وقالا : آخره فقط ، وهو استحسان راجع على قوله فتح .

واتفقوا أن الفرجة كفاصل السكوت وعلى انصرافه للكل

أوضح ، لكن لايظهر أن هذه الواقعة منه لأن عقد النكاح الأب فيه سفير لاتلحقه عهدة بخلاف بيع الوكيل. وأيضا الخلع هنا ظاهر فى أنه قائم به ، بخلاف المبرإ فإنه غير ظاهر فى أنه حاضر وقت البراءة ، فافهم أسرار المقال ولا تكن ممن يعرف الحق بالرجال ، نعم التوفيق ظاهر فيما نذكره فى القولة الآتية عن البحر ، ولو قال لانكاح بينى وبينك إلى آخر مانذكره عن سيدى الوالد رحمه الله تعالى (قوله ادعت الخ) بدل من واقعة .

مطلب قال لا نكاح بيننا فبرهنت فبرهن على الخلع بمال يقبل

(قوله فأنكر) أى بأن قال لانكاح بيننا كما فى البحر عن جامع الفصولين . وعبارة الخلاصة : فأنكر الزوج النكاح أصلا اه . قال فى البحر : ولو قال لانكاح بينى وبينك فلما برهنت على النكاح برهن هو على الخلع تقبل بينته اه أى لأن نفى الحال لايلزم منه نفى الماضى فلم يوجد تناقض أصلا ، لكن يعكر عليه قول الشارح لاحتمال أنه زوجه أبوه الخ ، والظاهر أنه تعليل لخلاف ظاهر الرواية .

مطلب لو قال لم أتزوجها قط أو لا نكاح قط فبرهنت فبرهن على الخلع بمال لايقبل

وفى البحر : ولو قال لم يكن بيننا نكاح قط أو قال لم أتزوجها قط والباقى بحاله . فمقتضى مامر فى مسألة العيب على ظاهر الرواية ينبغى أن يكون هذا وسيلة للعيب فلا تقبل بينته ، وفى ظاهر الرواية لاتقبل بينة البراءة عن العيب لأنها إقرار بالبيع ، فكذا الخلع يقتضى سابقة النكاح فيتحقق التناقض اه سيدى الوالد بزيادة (قوله فبرهنت) أى على النكاح (قوله تقبل) أى دعواه : أى ويطالب بالبرهان عليها (قوله لاحتمال أنه زوجه أبوه وهو صغير) أى فإنكاره النكاح يحمل على نفى مباشرته إياه ، وهو لاينافى وقوعه له بطريق الإجبار مثلا ، وإذا كان كذلك فلا يناقض دعوى الخلع على المهر بعد (قوله جميع صك) فارسى معرب والجمع أصك وصكاك وصكوك اه ، وأشار بقوله جميع إلى أنه يبطل سواء اشتمل على شىء واحد أو أشياء والخلاف فى الثانى (قوله وقالا آخره) بالرفع أى يبطل آخر الصك المشتمل على أشياء ، إذ الأصل فى الجمل الإستقلال والصك يكتب للاستيثاق ، فلو انصرف إلى الكل كان مبطلا له فيكون ضد ماقصد له فينصرف إلى مايليه ضرورة كذا فى التبيين . وله أن الكل يكون كشىء واحد بحكم العطف فيصرف إلى الكل كما فى الكلمات المعطوفة .

قال الإمام إذا كتب بيع وإقرار وإجارة وغير ذلك ثم كتب فى آخره إن شاء الله تعالى بطل الكل قياسا ؛ لما تقدم من أن الكل لشىء واحد بحكم العطف . وعند أبى يوسف ومحمد بطل الأخير فقط استحسانا (قوله أن الفرجة) أى على أن الفرجة فى الخط كالسكوت فى النطق فيكون الإنشاء راجعا إلى مابعد الفرجة اتفاقا كما يرجع فى السكوت إلى مابعده (قوله وعلى إنصرافه) أى الإنشاء ، ولو قال وعلى الإنصراف للكل لكان أوضح .

فى جمل عطفت بواو وأعقبت بشرط . وأما الاستثناء بإلا وأخواتها فللأخير إلا لقرينة كله مائة درهم وخمسون دينارا إلا درهما فللأول استحسانا ، وأما الاستثناء بإن شاء الله بعد جملتين إيقاعيتين فإليهما اتفاقا ، وبعد طلاقين معلقين أو طلاق معلق وعتق معلق فإليهما عند الثالث ، وللأخير عند الثانى ،

مطلب فائدة نحوية

(قوله فى جمل) أى قولية وإلا نافى ماقبله(١) وهو مسألة كتب الصك كقوله امرأته طالق وعبده حر وعليه المشى إلى بيت الله تعالى إن شاء الله تعالى .

قال فى البحر : والحاصل أنهم اتفقوا على أن المشيئة إذا ذكرت بعد جمل متعاطفة بالواو كقوله عبده حر وامرأته طالق وعليه المشى إلى بيت الله تعالى إن شاء الله تعالى ينصرف إلى الكل فبطل الكل ، فمشى أبو حنيفة على أصله وهما أخرجا صورة .

مطلب صك كتب فيه بيع وإجارة وإقرار وغير ذلك وكتب فى آخره إن شاء الله تعالى

كتب الصك من عمومه بعارض اقتضى تخصيص الصك من عموم حكم الشرط المتعقب جملا متعاطفة للعادة وعليها يحمل الحادث ، ولذا كان قولهما استحسانا راجحا على قوله ، وظاهره أن الشرط ينصرف إلى الجميع وإن لم يكن بالمشيئة اهـ .

وفى وكالة البزازية : وعن الثانى قال امرأة زيد طالق وعبده حر وعليه المشى إلى بيت الله إن دخل هذه الدار فقال زيد نعم كان بكله لأن الجواب يتضمن إعادة مافى السؤال انتهى ، وكأن الشارح غفل عن قوله وأخرجا صورة كتب الصك فكان عليه أن يقول وعلى انصرافه للكل فى جمل قولية لم تكتب (قوله وأعقبت بشرط) أى سواء كان الشرط هو المشيئة أو غيرها كما صرح به فى البحر ، والظاهر أن هذا خاص بالإقرار لما سيأتى بعده من قوله وأما الاستثناء الخ تأمل (قوله وأما الاستثناء بإلا الخ)أى الواقع لفظا أو الواقع خطأ وهو بإطلاقه يعم طلاقين وعتاقين وطلاقا وعتقا (قوله فللأخير) أى اتفاقا لقربه واتصاله وانقطاعه عما سواه كما علم فى آية رد شهادة المحدود فى القذف ، فإن قوله تعالى — إلا الذين تابوا — راجع إلى قوله — وأولئك هم الفاسقون — لا إلى قوله — ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا — أيضا ، فلو أقر بمالين لشخصين واستثنى شيئا كان من الآخر بحر .

وفيه : والحاصل أن الشرط إذا تعقب جملا متعاطفة متصلا بها فإنه للكل اهـ . قال فى الحواشى السعدية : لايقال كيف خالف أبو حنيفة أصله فإن الاستثناء ينصرف إلى الجملة الأخيرة على أصله لأن ذلك فى الاستثناء بإلا ، وقوله إن شاء الله تعالى شرط شاع إطلاق الاستثناء عليه فى عرفهم وليس إياه حقيقة فتأمل (قوله إلا لقرينة) فيعمل بها للأول أو للثانى (قوله فللأول) ولو قال إلا دينارا فللثانى (قوله إيقاعيتين) أى منجزتين ليس فيهما تعليق بقرينة المقابلة نحو أنت طالق وهذا حر إن شاء الله تعالى ح (قوله وبعد طلاقين معلقين) نحو إن دخلت الدار فأنت طالق وفلانة إن شاء الله تعالى (قوله أو طلاق معلق أو عتق معلق) نحو إن دخلت الدار فأنت طالق وعبدى حر إن شاء تعالى . وأشار به إلى أنه لافرق بين الشيئين من جنس واحد أو من جنسين والخلاف ، هذا

---

(١) (قوله وإلا نافى ما قبله) أى إن لم تفسر الجمل بالقولية بل بقيت على ما يراد بها أولا وهى الجمل فى الصك لوقعت المنافاة بين ذكره الاتفاق على الرجوع للكل وبين ذكره الخلاف فيما تقدم بين الإمام وصاحبيه لأنه أولا أحكى الخلاف وثانيا حكى الاتفاق فلزم أن تفسر الجمل بالقولية لذلك اهـ منه .

ولو بلا عطف أو به بعد سكوت فللأخير اتفاقا ، وعطفه بعد سكوته لغو إلا بما فيه تشديد على نفسه وتمامه فى البحر .

(مات ذمى فقالت عرسه أسلمت بعد موته قالت ورثته قبله صدقوا) تحكيما للحال (كما) يحكم الحال (فى مسألة) جريان (ماء الطاحونة) ثم الحال إنما تصلح حجة للدفع لا للاستحقاق

فى النطق . وأما فى الصك فهى المسألة المتقدمة ، وأفاد أن اتفاقهما معه إنما هو فى الإيقاعيتين ، وأما فى المعلقتين فمحمد معه ، وخالف أبو يوسف ط (قوله ولو بلا عطف) مفهوم قوله عطفت : أى إذا وقع الشرط بعد جمل غير متعاطفة أو متعاطفة لكن حصل سكوت بينها أى فى اللفظ أو فرجة فى الخط (قوله أو به بعد سكوت) أى إذا كان السكوت بين الجملة الأخيرة وبين ماقبلها (قوله فللأخير اتفاقا) مراده بالأخير مابعد السكوت (قوله وعطفه بعد سكوته لغو) إذا كان فيه مايوسع على نفسه كما إذا قال إن دخلت الدار فأنت طالق وسكت ثم قال وهذه الدار أى فقصد أن لايقع الطلاق إلا بدخولهما (قوله إلا بما فيه تشديد على نفسه) كما إذا قال إن دخلت الدار فأنت طالق وسكت ثم قال وهذه الأخرى دخلت الثانية فى اليمين ، بخلاف وهذه الدار الأخرى ، ولو قال هذه طالقة ثم سكت وقال وهذه طلقت الثانية وكذا فى العتق بحر (قوله أسلمت بعد موته) أى وقد مات وهى على دينه فلها الميراث (قوله وقالت ورثته قبله) أى أسلمت قبل موته فلا ميراث لها (قوله صدقوا) أى بلا يمين إلا إذا ادعت عليهم بكفرها بعد موته فيحلفون على عدم العلم (قوله تحكيما للحال) أى استصحابا لظاهر الحال ، فإن سبب الحرمان ثابت فى الحال فيثبت فيما مضى . وفى التحرير : الاستصحاب الحكم ببقاء أمر محقق لم يظن عدمه . وحرر ابن نجيم تفاريعه فى الأشباه والنظائر فى قاعدة اليقين لايزول بالشك ، وفى آخر باب التحالف فى بحره (قوله كما يحكم الحال الخ) إن هذه العبارة ليست موجودة فى أصل المصنف وإنما الذى فيه قوله بعد كما فى مسلم الخ ، وجعل المصنف وجه الشبه فيهما كون القول للورثة فيهما ، وأراد بقوله كما يحكم الحال فى مسألة جريان ماء الطاحونة وانقطاعه : أى إذا اختلف المؤجر والمستأجر فى جريان ماء الطاحونة وانقطاعه فإنه يحكم الحال ويستدل بها على الماضى ، فإذا كان الماء جاريا فى الحال حكمنا بأنه جار من أول مدة الإجارة إلى زمان النزاع فيستحق الأجرة وإن لم يجر حكمنا بالإنقطاع كما فى الخانية .

فإن قلت : جريان الماء يثبت الاستحقاق وكلامنا فى عدمه . قلت : يمكن أن يقال : إن الإقدام على العقد إقرار بالجريان فكان الأجر ثابتا ومستحقا من كل وجه ، فإذا ادعى الجريان يكون مدعيا استحقاقه الأجر عملا بالإقرار السابق لابتحكيم الحال اللاحق ، فإذا لم يستحق بهذا التحكيم يصير دافعا به وهو يصلح للدفع .

فإن قلت : إذا كان الاستحقاق ثابتا بالعقد من كل وجه يكون إدعاء المستأجر عدم الجريان وتحكيمه له حجة لاستحقاقه مافى ذمته من الأجرة . قلت : يمكن أن يجاب بأن كون الإقدام على العقد إقرارا إنما هو حجة غير قوية فلا يعمل به إذا خالفه عدم الجريان المشاهد فيكون عدم الجريان تحكيما للدفع عنه لا للاستحقاق (قوله جريان الخ) لاوجه لتخصيص الجريان بل الانقطاع كذلك فكان الأولى حذفه (قوله الطاحونة) أى المستأجرة إذا قال المستأجر لم أتمكن من الانتفاع بها لعدم جريان مائها وقال المالك بل تمكنت ، فينظر إلى وصف الماء فى الحال ويحكم به فيما مضى (قوله للدفع لا للاستحقاق) أى لدفع دعوى المدعى كما فى المسألة السابقة . فإن قيل : هذا منقوض بالقضاء بالأجر على المستأجر إذا كان ماء الطاحونة جاريا عند الاختلاف لأنه استدلال بالحال لإثبات الأجر . قلنا : إنه استدلال لدفع مايدعى المستأجر على الأجر من ثبوت العيب الموجب لسقوط الأجر ، أما ثبوت

(كما فى مسلم مات فقالت عرسه) الذمية (أسلمت قبل موته) فإرثه (وقالوا بعده) فالقول لهم، لأن الحادث يضاف لأقرب أوقاته .

[فرع] وقع الاختلاف فى كفر الميت وإسلامه فالقول لمدعى الإسلام بحر (قال المودع) بالفتح (هذا ابن مودعى) بالكسر (الميت لاوارث له غيره

الأجر فإنه بالعقد السابق الموجب له فيكون دافعا لاموجبا يعقوبية (قوله كما فى مسلم مات الخ) ظاهره أنه مثال للاستحقاق بتحكيم الحال وصنيع الشرح هنا ليس على ماينبغى، فلو أبقى المصنف من غير زيادة مسألة الطاحونة لكان أولى . قال سيدى الوالد : وهو تمثيل للمنفى وهو الاستحقاق .

وحاصله إنما كان القول لهم هنا أيضا لما سيأتى ولا يمكن أن يكون لها بناء على تحكيم الحال لأنه لايصلح حجة للاستحقاق وهى محتاجة إليه ، أما الورثة فهم الدافعون ويشهد لهم ظاهر الحدوث أيضا (قوله فإرثه) بصيغة المضارع (قوله لأن الحادث الخ) أى وهو الإسلام، ولو كان القول قولها لكان تحكيم الحال موجبا لاستحقاقها الإرث وكان الأولى للشارح التعليل بالعلة السابقة لأن ماذكر لايصلح تعليلا لما تقدم (قوله لأقرب أوقاته) وأقربها مابعد موت الزوج (قوله وقع الاختلاف الخ) بأن مات رجل له أبوان ذميان وولد مسلم فقالا مات ابننا كافرا وقال ولده المسلم مات مسلمًا فالميراث للولد دون الأبوين، وكذا لو قالت امرأة مسلمة مات زوجى مسلما وقال أولاده الكفار كافرا وصدق المرأة أخو الميت وهو مسلم قضى بالميراث للمرأة والأخ دون الأولاد . قال صاحب البحر : ولا يحتاج إلى تصديق الأخ بل تكفى دعوى المرأة أنه مات مسلما وتبعه المقدسى، لكن استظهر فيه سيدى الوالد أن تصديق الأخ شرط لإرثه مشاركا للمرأة، لأنه لو أكذبها يكون معترفا بأن ولده وارثه فيحجب الأخ به فلا يرث ، وكأن صاحب البحر فهم أنه شرط لإرث المرأة أيضا ، وليس كذلك فيما يظهر ، فلا منافاة تأمل .

مطلب مدة التلوم فى دفع المال للوارث الذى أقر به المودع

(قوله هذا ابن مودعى) مراده بالابن من يرث بكل حال فالبنت والأب والأم كالابن ، وقيد بالابن ، لأنه لو قال هذا أخوه شقيقه ولا وارث له غيره وهو يدعيه فالقاضى يتأنى فى ذلك . والفرق أن استحقاق الأخ مشروط بعدم الابن ، بخلاف الابن لأنه وارث على كل حال وكل من يرث فى حال دون حال فهو كالأخ بحر مع زيادة ثم إذا تأنى إن حضر وارث آخر دفع المال إليه لأنه خلف عن الميت ، وإن لم يحضر أعطى كل مدع ماأقر به لكن بكفيل ثقة ، وإن لم يجد كفيلا أعطاه المال وضمنه إن كان ثقة حتى لايهلك أمانة ، وإن كان غير ثقة تلوم القاضى حتى يظهر أن لاوارث للميت أو أكبر رأيه ذلك ثم يعطيه المال ويضمنه ولم يقدر مدة التلوم بشىء بل موكول إلى رأى القاضى وهذا أشبه بأبى حنيفة . وعندهما مقدر بحول، هكذا حكى الخلاف فى الخلاصة عن الأقضية . قال : وعن أبى يوسف مقدر بشهر (قوله لاوارث له غيره) قيد به، لأنه لو قال له وارث غيره ولا أدرى أمات أم لا لايدفع إليه شىء لاقبل التلوم ولا بعده حتى يقيم المدعى بينة تقول لانعلم له وارثا غيره ، ومثل إقرار المودع بما ذكر مالو أقر أن الميت أقر بأن هذا ابنه أو أبوه أو مولاه أعتقه ، بخلاف مالو أخبر عنه بأنها زوجته أو أنه مولى الموالاة أو الموصى له بالكل أو بالثلث فإنه لايدفع إليهم المال لأن ذا اليد أقر بسبب ينتقض ط .

دفعها إليه) وجوبا كقوله هذا ابن دائنى ، قيد بالوارث لأنه لو أقر أنه وصيه أو وكيله أو المشترى منه لم يدفعها (فإن أقر) ثانيا (بابن آخر له لم يفد) إقراره (إذا كذبه) الابن (الأول) لأنه إقرار على الغير ، ويضمن للثانى حظه إن دفع للأول بلا قضاء زيلعى .

(تركة قسمت بين الورثة أو الغرماء بشهود لم يقولوا نعلم)

وفى فتح القدير : ولو ادعى أنه أخو الغائب وأنه مات وهو وارثه لاوارث له غيره ، أو ادعى أنه ابنه أو أبوه أو مولاه أعتقه أو كانت امرأة وادعت أنها عمة الميت أو خالته أو بنت أخته وقال لاوارث له غيرى وادعى آخر : أنه زوج أو زوجة للميت أو أن الميت أوصى له بجميع ماله أو ثلثه وصدقهما ذو اليد وقال لاأدرى للميت وارثا غيرهما أولا لم يكن لمدعى الوصية شىء بهذا الإقرار ، ويدفع القاضى إلى الأب والأم والأخ ومولى العتاقة أو العمة أو الخالة أو بنت الأخت إذا انفرد . أما عند الاجتماع فلا يزاحم مدعى البنوة مدعى الأخوة ، لكن مدعى هذه الأشياء إذا زاحمه مدعى الزوجية أو الوصية بالكل أو الثلث مستدلا بإقرار ذى اليد فمدعى الأخوة أو البنوة أولى بعد مايستحلف الابن ماهذه زوجة الميت أو موصى له ، هذا إذا لم تكن بينة على الزوجية والوصية ، فإن أقام أخذ بها اهـ بحر . وفيه : ومن دعوى المجمع وإن كانت فى يد زيد فجاء أحد الزوجين فصدقه زيد يؤمر باعطاء أقل النصيبين لا أكثرهما اهـ قيد بتصديقه لأنه لو برهن وقالا لانعلم له وارثا آخر فله أكثر النصيبين اتفاقا كذا فى شرحه لابن ملك (قوله دفعها إليه وجوبا) لإقراره أن مافى يده ملك الوارث خلافة عن الميت والعارية والعين المغصوبة كالوديعة ط (قوله كقوله هذا ابن دائنى) والمسألة بحالها بأن قال لاوارث له سواه (قوله قيد بالوارث) أى الذى هو الابن ونحوه (قوله لم يدفعها) لأنه أقر بقيام حق المودع وملكه فيها الآن فيكون إقرارا على ملك الغير ولا كذلك بعد موته لزوال ملكه فإنه أقر له بملكه لما فى يده من غير ثبوت ملك مالك معين فيه للحال .

وفى فصل الشراء وإن أقر بزوال ملك المودع لكن لاينفذ فى حقه لايملك إبطال ملكه بإقراره فصار كاقراره بالوكالة بقبض الوديعة ط .

وتوضيح الفرق بينهما أن فى المسألة الأولى أقر أن ما فى يده ملك الوارث خلافة عن الميت فصار كما إذا أقر أنه ملك الوارث وهو حى أصالة ، وفى هذه المسائل فيه إبطال حق المودع فى العين بإزالتها عن يده لأن يد المودع كيد المالك فلا يقبل إقراره (قوله فإن أقر ثانيا) سواء كان متصلا بالأول بأن قال هذا ابنه وهذا الآخر أيضا ، أو منفصلا بأن أقر للثانى فى مجلس آخر حموى (قوله إذا كذبه الإبن الأول) حكم مفهومه ظاهر ، وهو ما إذا صدقه فيشتركان (قوله لأنه إقرار على الغير) لصحة الإقرار للأول لعدم من يكذبه (قوله إن دفع للأول بلا قضاء) وهو الصواب كما فى الفتح خلافا لما فى غاية البيان من أن المودع لا يغرم للابن الثانى شيئا بإقراره له لأن استحقاقه لم يثبت فلم يتحقق التلف .

[تنبيه] لو أقر بالوديعة لرجل ثم قال لا بل وديعة فلان أو قال غصبت هذا من فلان لا بل من فلان ، وكذا العارية ، فإنه يقضى بها للأول ويضمن للثانى قيمته ، وكذا فى الإقرار بالدين ؛ ولو قال هذا لفلان وهذا لفلان المقر له إلا نصف الأول فإنه لفلان كان جائزا ، وكذا لو قال هذه الحنطة والشعير لفلان إلا كرا من هذه الحنطة فإنه لفلان إذا كانت الحنطة أكثر من الكر كذا فى الأصل لمولانا محمد رحمه الله من الدعوى اهـ ط عن البحر (قوله تركة قسمت بين الورثة) أى سواء كانوا ممن يحجب أولا . قال فى آخر

كذا نسخ المتن والشرح : وعبارة الدرر وغيرها لا نعلم (له وارثا أو غريما

الفصل الثانى عشر من جامع الفصولين رامزا إلى الأصل الوارث لو كان محجوبا بغيره كجد وجدة وأخ وأخت لايعطى شيئا ما لم يبرهن على جميع الورثة : أى إذا ادعى أنه أخو الميت فلا بد أن يثبت ذلك فى وجه جميع الورثة الحاضرين أو يشهد أنهما لا يعلمان وارثا غيره ، ولو قالا لا وارث له غيره تقبل عندنا لا عند ابن أبى ليلى لأنهما جازفا .

ولنا العرف فإن مراد الناس به لا نعلم له وارثا غيره ، وهذه شهادة على النفى فقبلت لما مر من أنها تقبل على الشرط ولو نفيا وهنا كذلك لقيامها على شرط الإرث ، ولو كان الوارث ممن لايحجب بأحد ، فلو شهدا أنه وارثه ولم يقولا لا وارث له غيره أو لا نعلمه يتلوم القاضى زمانا رجاء أن يحضر وارث آخر ، فإن لم يحضر يقض له بجميع الإرث ولا يكفل عند أبى حنيفة فى المسألتين يعنى فيما إذا قالا لا وارث له غيره أو لا نعلمه ، وعندهما يكفل فيهما ، ومدة التلوم مفوضة إلى رأى القاضى ، وقيل حول ، وقيل شهر وهذا عند أبى يوسف . وأما أحد الزوجين لو أثبت الوراثة ببينة ولم يثبت أنه لا وارث له غيره ، فعند أبى حنيفة ومحمد يحكم لهما بأكثر النصيبين بعد التلوم . وعند أبى يوسف بأقلهما وله الربع ولها الثمن اه ملخصا ، وإن تلوم ومضى زمانه فلا فرق بين كونه ممن يحجب كالأخ أو ممن لا يحجب كالابن كما فى البزازية من العاشر فى النسب والإرث .

قال الصدر الشهيد : وحاصله المدعى لو برهن على أنه مات مورثه ولم يذكروا عدد الورثة ولا قالوا لا نعلم له وارثا فإنه لا يقضى له ، وإن بينوا عددهم وقالوا لا نعلم له وارثا غير ما ذكر ، فإن كان ممن لا يحجب فإنه يقضى له القاضى ولا يتأنى ولا يكفل ، وإن كان ممن يحجب بحال تأنى ثم قضى ، وإن شهدوا أنه ابنه أو وارثه وأنه مات وتركه ميراثه له ولم يقولوا لم نعلم له وارثا غيره تلوم القاضى زمانا ثم قضى ، ولا يؤخذ منه كفيل عند الإمام خلافا لهما ، ويدفع لأحد الزوجين أوفر النصيبين عند أبى يوسف وعند محمد أقلهما اه .

وروى عن الإمام أنه قال فى أخذ الكفيل : هذا شىء احتاط به بعض القضاة وهو ظلم ، وعنى بالبعض ابن أبى ليلى قاضى الكوفة . وأورد أنه مجتهد والمجتهد مأجور وإن أخطأ فلا وجه لنسبته إلى الظلم . وقد قال الإمام : كل مجتهد مصيب والحق عند الله واحد : أى مصيب فى اجتهاده بحسب ما عنده وإن أخطأ الحق فى الواقع . والجواب ما قاله فى التلويح : المخطىء فى الاجتهاد لايعاتب ولاينسب إلى الضلال بل يكون معذورا ومأجورا إذ ليس عليه إلا بذل الوسع وقد فعل فلم ينل لخفاء دليله إلا أن يكون الدليل الموصل إلى الصواب بينا فأخطأ المجتهد لتقصير منه وتركه المبالغة فى الاجتهاد فإنه يعاتب ، وما فعل من طعن السلف بعضهم على بعض فى المسائل الاجتهادية كان مبنيا على أن طريق الصواب بين فى زعم الطاعن اه أى ومنه طعن الإمام على ابن أبى ليلى ، وانظر ما سيأتى قبيل باب الشهادة على الشهادة (قوله كذا نسخ المتن) أى بإسقاط لا ، والحق ثبوتها كما فى سائر الكتب سيدى . قال ط : ولعله فيما وقع له ، والذى بيده فيما ذكر لا ، وكلام المصنف فى الشارح مثله .

واعلم أن مفهوم المتن أمران سكوتهم وقولهم لا نعلم ولم يكفلوا فيهما عند الإمام. وقال الصاحبان : يكفلون فى صورة السكوت إلا إذا قالوا لا نعلم ، فعدم الكفالة فى الثانى متفق عليه ، وهو مراد الشارح فى قوله :

لم يكفلوا) خلافا لهما لجهالة المكفول له ويتلوّم القاضي مدة ثم يقضي ، ولو ثبت بالإقرار كفلوا اتفاقا ، ولو قال الشهود ذلك لا اتفاقا .

(ادعى) على آخر (دارا لنفسه ولأخيه الغائب) إرثا (وبرهن عليه) على ما ادعاه (أخذ) المدعي (نصف المدعى) مشاعا (وترك باقيه في يد ذي اليد بلا كفيل جحد) ذو اليد (دعواه أو لم يجحد)

ولو قال الشهود ذلك ويكون تفريعا على غير المتن (قوله لم يكفلوا) مبني للمجهول مضعف العين والواو للورثة أو الغرماء : أي لا يأخذ القاضي منهم كفيلا ح . قال في الدرر : أي لم يؤخذ منه كفيل بالنفس عند الإمام ، وقالا يؤخذ اه وهذا ظاهر في أنه على قولهما يؤخذ كفيل بالنفس . ثم رأيته لتاج الشريعة أبو السعود عن شيخه ولم يره في البحر فتوقف في أنها بالمال أو بالنفس اه سيدي . فافهم واقتصر على نفي التكفيل لأن القاضي بعد يتلوم كما ذكره الشارح بعد ، ولا يدفع إليه حتى يغلب على ظنه أنه لا وارث له غيره ولا غريم له اتفاقا لأنه من باب الاحتياط لنفسه بزيادة علم بانتفاء الشريك المستحق معه بقدر الإمكان كما في غاية البيان (قوله خلافا لهما) أي لاحتمال أن يكون له وارث أو غريم آخر (قوله لجهالة المكفول له) علة لقوله لم يكفلوا ولأن حق الحاضر ثابت قطعا أو ظاهرا فلا يؤخر لأجل الموهوم كذا قالوا (قوله ويتلوّم القاضي) أي يتأنى في تأخير القضاء إلى المدة المتقدم بيانها لا في الدفع بعد القضاء . والمسألة على وجوه ثلاثة : تقدم بيانها عن الصدر الشهيد ، وسيأتي شيء منها قبيل باب الشهادة على الشهادة إن شاء الله تعالى (قوله مدة) تقدم أنها مفوّضة إلى رأي القاضي ، وقدرها الطحاوي بحول ، وعلى عدم التقدير حتى يغلب على ظنه أنه لا وارث له غيره أو لا غريم له آخر (قوله ولو ثبت) أي ما ذكر من الورثة أو الغرماء (قوله بالإقرار) أي بالإرث أو بالدين وهو محترز قوله بشهود (قوله كفلوا اتفاقا) يعني والخلاف فيما إذا ثبت الدين والإرث بالشهادة ولم يقل الشهود لا نعلم له وارثا غيرهم ، أما إذا ثبت بالإقرار يؤخذ كفيل بالاتفاق (قوله ولو قال الشهود ذلك) أي لا نعلم له وارثا أو غريما غيره (قوله لا) أي لا يؤخذ منهم كفيل سواء كان وارثا يحجب بحال أو لا (قوله اتفاقا) تقدم بيان الصور في الحاصل (قوله ادعى) قال في جامع الفصولين من الرابع : ادعى عليهما أن الدار التي بيدكما ملكي فبرهن على أحدهما ، فلو الدار في يد أحدهما بإرث فالحكم عليه حكم على الغائب إذ أحد الورثة ينتصب خصما عن البقية ، ولو لم يكن كل الدار بيده لا يكون قضاء على الغائب بل يكون قضاء بما في يد الحاضر على الحاضر ، ولو بيد أحدهما بشراء لا يكون الحكم على أحدهما حكما على الآخر اه (قوله إرثا) قيد به لأنه لو شراء لا يكون الحاضر خصما عن الغائب كما تقدم (قوله مشاعا) يعني ينتفع به انتفاع المشاع لا أنه يقسمه ويفرزه لأنه سيأتي في القسمة ، فإن برهن وارث واحد لا يقسم إذ لا بد من حضور اثنين ولو أحدهما صغيرا أو موصى له (قوله جحد ذو اليد دعواه أو لم يجحد) هذا التعميم غير صحيح بعد قوله وبرهن عليه لأن البرهان يستلزم سبق الجحد ، وقد أجمعوا أنه لا يؤخذ الكفيل في صورة الإقرار . والصواب أن يبدل قوله وبرهن عليه بقوله وثبت ذلك فيشمل الثبوت بالإقرار ولا كفيل فيه اتفاقا وبالبينة وفيه الخلاف وحينئذ يسقط قوله جحد دعواه أو لم يجحد اه ط . وأجاب عنه سيدي الوالد بأن هذا التعميم راجع إلى قوله وترك باقيه أشار به إلى الخلاف فافهم .

أقول : عبارة الهداية والمجمع والبحر وغيرها تساوي عبارة المصنف وهي عبارة متن الدرر ، وكأنهم تساهلوا في ذلك لوضوح المراد . ويمكن أن يجاب عنه بأن قوله وترك باقيه مستأنف ليس من تمام حكم البرهان

خلافا لهما وقولهما استحسان نهاية ، ولا تعاد البينة ولا القضاء إذا حضر الغائب فى الأصح لانتصاب أحد الورثة خصما للميت حتى تقضى منها ديونه ، ثم إنما يكون خصما بشروط تسعة مبسوطة فى البحر .

ويكون المراد بيان مسألة وفاقية وهى أخذ المدعى النصف إذا برهن ومسألة خلافية وهى ترك الباقى مع ذى اليد مطلقا ، وأشار إلى الخلاف بالتعميم بقوله جحد أولا . هذا ما ظهر لى . نعم الأولى ما فى شرح أدب القضاء حيث ذكر أن المدعى يأخذ النصف ويترك الباقى مع ذى اليد عند الإمام . وعندهما ينزع منه أى ويجعل فى يد أمين ، ثم ذكر أنهم أجمعوا أنه لو مقرا ينزع الباقى منه أيضا (قوله خلافا لهما) أى فى صورة الجحود حيث قالا إن جحد ذو اليد يؤخذ منه ويجعل فى يد أمين لخيانته بجحوده وإلا ترك فى يده . فلا نظر فى تركه فى يده ، فهو راجع إلى قوله وترك باقيه فى يد ذى اليد لا لقوله بلا كفيل فإنه لا خلاف فيه . وله أن الحاضر ليس بخصم عن الغائب فى الاستيفاء وليس للقاضى التعرض بلا خصم . كما إذا رأى شيئا فى يد إنسان يعلم أنه لغيره لا ينتزعه منه بلا خصم ، وقد ارتفع جحوده بقضاء القاضى بالكل بحر (قوله خصما للميت) الأوضح عن الميت (قوله حتى تقضى منها ديونه) وتنفذ منها وصاياه (قوله ثم إنما يكون خصما) أى عن بقية الورثة فيما يدعى على الميت (قوله بشروط تسعة) الأولى أن يقول ثلاثة : الأول كون العين كلها فى يده . وأن لا تكون مقسومة ، وأن يصدق الغائب أنها إرث عن الميت المعين كما فى البحر والحموى (قوله مبسوطة فى البحر) ليس جميع المذكور فى البحر شروطا بل بعضه شروط وبعضه أحكام ، ونصه :

[تنبيهات] الأول : إنما ينتصب الحاضر الذى فى يده العين خصما عن الباقين إذا كانت العين لم تقسم بين الحاضر والغائب ، فإن قسمت وأودع الغائب نصيبه عند الحاضر كانت كسائر أمواله فلا ينتصب الحاضر خصما عنه ذكره العتابى عن مشايخنا .

وفى جامع الفصولين من السابع والعشرين : ولو أودع نصيبه من عين عند وارث آخر فادعى رجل هذا العين ينتصب هذا الوارث خصما إذ ينتصب أحد الورثة خصما عن الباقين لو كان العين بيده بخلاف الأجنبى اه .

أقول : فقوله بخلاف الأجنبى أى غير الوارث تكون العين فى يده فيدعى عليه فلا يتعدى القضاء عليه إلى غيره بأن تكون شركة بينه وبين غيره فلا يكون الشريك الغائب مقضيا عليه سيدى الوالد .

[الثانى] : إنما لا تسمع دعوى الغائب إذا حضر بشرط أن يصدق أن العين ميراث بينه وبين الحاضر ، أما لو أنكر الإرث وادعى أنه اشتراها أو ورث نصيبه من رجل آخر لا يكون القضاء على الحاضر قضاء عليه فتسمع دعواه وتقبل بينته .

فالحاصل أنه إنما ينتصب خصما عن الباقى بثلاثة شروط : كون العين كلها فى يده ، وأن لا تكون مقسومة وأن يصدق الغائب على أنها إرث عن الميت المعين :

[الثالث] إنما يكفى ثبوت بعض الورثة أن لو ادعى الجميع وقضى به ، أما لو ادعى حصته فقط وقضى بها فلا يثبت حق الباقين .

[الرابع] ادعى بيتا فقال ذو اليد إنه ملكى ورثته من أبى ، فلو قضى عليه : أى على ذى اليد أى ببرهان المدعى يظهر على جميع الورثة ، لأن العين كلها فى يده غير مقسومة فليس لأحد منهم أن يدعيه بجهة الإرث إذ صار مورثهم مقضيا عليه ، فلو ادعاه أحدهم ملكا مطلقا تقبل إذا لم يقض عليه فى الملك المطلق ، فلو ادعاه

والحق الفرق بين الدين والعين (ومثله) أى العقار (المنقول) فيما ذكر (فى الأصح) درر لكن اعتمد فى الملتقى

ذو اليد ملكا مطلقا لا إرثا لا تصير الورثة مقضيا عليهم فلهم أخذه بدعوى الإرث ، لكن ليس لذى اليد حصة فيه إذا قضى عليه .

[الخامس] إذا كان الورثة كبارا غيبا وصغارا نصب القاضى وكيلا عن الصغير لسماع دعوى الدين على الميت ، والقضاء على هذا الوكيل قضاء على جميع الورثة .

[السادس] إذا أثبت المدعى دينه على بعض الورثة وفى يده حصته فإنه يستوفى جميع دينه مما فى يد الحاضر ثم يرجع الحاضر على الغائب بحصته .

[السابع] يحلف الوارث على الدين إذا أنكر : أى على العلم وإن لم يكن للميت تركة .

[الثامن] يصح الإثبات على الوارث وإن لم يكن للميت تركة .

مطلب وكيل بيت المال ليس بخصم إلا إذا وكله السلطان فى أن يدعي ويدعى عليه لا بالجمع والحفظ

[التاسع] لو لم يكن للميت وارث فجاء مدع للدين على الميت نصب القاضى وكيلا للدعوى كما فى أدب القاضى للخصاف ، وظاهره أن وكيل بيت المال ليس بخصم اهـ بزيادة .

أقول : قال سيدى فى حاشيته عليه : يجب تقييده بما إذا وكله السلطان بجمعه وحفظه ، أما إذ وكله بأن يدعى ويدعى عليه أيضا تسمع دعواه والدعوى عليه ، ويملك فى ذلك ما يملكه السلطان لأنه فوض إليه ما يملكه ، وهذه المسألة كثيرة الوقوع . ويتفرع من ذلك أن المزارع لا يصلح خصما لمن يدعى الملك فى الأرض وكذلك المقاطع المسمى بلغتهم تيماريا تأمل هذا .

وسئل شيخنا ابن الحانوتى عن هذه المسألة ، فأجاب بما ذكره الشيخ زين هنا اهـ (قوله والحق الخ) لا ارتباط له بما قبله لأن ما قبله فى انتصاب أحد الورثة خصما للميت ، وهذا الفرق فى انتصاب أحدهم خصما فيما عليه . قال فى البحر : وكذا ينتصب أحدهم فيما عليه مطلقا إن كان دينا ، وإن كان فى دعوى عين فلا بد من كونها فى يده ليكون قضاء على الكل ، وإن كان البعض فى يده نفذ بقدره كما صرح به فى الجامع الكبير وظاهر ما فى الهداية والنهاية والعناية أنه لابد من كونها كلها : فى يده فى دعوى الدين أيضا ، وصرح فى فتح القدير بالفرق بين العين والدين وهو الحق وغيره سهو اهـ . وفى حاشية أبى السعود عن شيخه : ووجه الفرق بينهما أن حق الدائن شائع فى جميع التركة بخلاف مدعى العين اهـ (قوله والعين) حيث لا ينتصب أحد الورثة خصما عن الباقى فى دعوى العين إلا إذا كانت فى يده . وأما فى دعوى الدين عليه فإنه ينتصب خصما عنهم وإن لم يكن فى يده غير تركة لأن حق الدائن شائع فى جميع التركة ، بخلاف العين المدعى بها كما تقدم آنفا وقد علمت أن ذلك فيما إذا كان الوارث مدعى عليه . وأما إذا كان هو المدعى إرث العين على ذى اليد ، فإن أثبت كان القضاء بالإرث له ولبقية الورثة إذا ادعاه إرثا له ولهم ، وإن لم يثبت ودفع المدعى عليه دعوى المدعى بأن مورثك باعها منى مثلا وأثبت الشراء تندفع دعوى الإرث فى حق الحاضر والغائب كما أفاده الطحاوى عن أبى السعود (قوله فيما ذكر) من أخذ الحاضر حصته وترك باقيه فى يد ذى اليد ، وقيل يوضع عند عدل إلى حضور صاحبه .

أنه يؤخذ منه اتفاقا ومثله فى البحر قال وأجمعوا على أنه لا يؤخذ لو مقرا (أوصى له بثلث ماله يقع) ذلك (على كل شىء)

مطلب هل ينزع المنقول من يد ذى اليد

وفى الحموى ولو كانت الدعوى فى منقول ، قيل يؤخذ منه اتفاقا لاحتياج المنقول إلى الحفظ والنزع من يده أبلغ فى الحفظ كى لا يتلفه ، أما العقار فمحفوظ بنفسه ، وقيل المنقول على الخلاف ، وقول الإمام فى المنقول أظهر لحاجته إلى الحفظ ، والترك فى يده أبلغ فيه لأن المال بيد الضمين أشد حفظا وبالإنكار صار ضامنا ، ولو وضع عند عدل كان أمينا كذا فى الكافى والفتح وغيرهما . وبحث العلامة المقدسى بأن النزع من يد الخائن أبلغ فى الحفظ باحتمال هروبه أو تحيله بوجه ما فليتأمل اه (قوله ومثله فى البحر) فإنه حكى مقابل الاتفاق بقيل ط (قوله أنه لا يؤخذ) أى المنقول لو مقرا : أى كالعقار ، وهذه العبارة توهم أن العقار لم يجمعوا على عدم أخذه لو مقرا وليس كذلك ، فإن الحكم فيهما واحد كما علم بما سبق .

مطلب أوصى بثلث ماله جاز

(قوله أوصى له بثلث ماله) وكذا لو قال ثلثى لفلان أو سدسى فهو وصية جائزة ، وقيد بالوصية لأنه لو قال ثلث مالى وقف ولم يزد قال فى البزازية من الوصايا : إن كان ماله دراهم أو دنانير فقوله باطل ، وإن ضياعا صار وقفا على الفقراء ، ولو قال ثلث مالى لله تعالى الوصية باطلة عندهما وعند محمد يصرف إلى وجوه البر ، ولو صرح به إلى سراج المسجد يجوز ، ولو قال ثلث مالى فى سبيل الله فهو للغزو . فإن أعطوه حاجا منقطعا جاز بحر (قوله يقع ذلك على كل شىء) **وهل تدخل الديون فى الوصية** فى الخانية لا ، وكلام الشارح فى الوصايا يفيد دخوله فى الوصية بالمال لأنه **يصير مالا بالاستيفاء** فتناولته الوصية خصوصا . قالوا إنها أخت الميراث وهو يجرى فيهما ، وكذا كلام الوهبانية يشير إلى الخلاف . ورجح الدخول حيث قال :

• وفى ثلث مالى يدخل الدين أجدر • قال ابن الشحنة فى شرحه المسألة فى القنية رامزا للبرهان صاحب المحيط وقال : لو أوصى بثلث ماله لا يدخل الدين ثم رمز للأصل وقال يدخل . قال المصنف : وفى حفظى من فتاوى قاضيخان رواية دخول الدين فى الوصية بثلث المال ، والمراد بدخولها أن يدخل ثلثها فى الوصة ولا يسقط فيجعل كأنها لم تكن اه .

مطلب هل يدخل تحت الوصية بالمال ما على الناس من الديون قولان

وفى وصايا الكنز : أوصى له بألف وله عين ودين ، فإن خرج الألف من ثلث العين دفع إليه وإلا فثلث العين ، وكلما خرج شىء من الدين له ثلثه حتى يستوفى الألف ، وهذه غير مسألتنا ، وما نقله عن حفظ ابن وهبان يخالفه ما ذكره فى البحر عن الخانية من عدم دخول الدين . ورأيت فى وصايا الظهيرية : إذا كان مائة درهم عين ومائة درهم على أجنبى دين فأوصى لرجل بثلث ماله فإنه يأخذ ثلث العين دون الدين ، ألا ترى إن حلف أن لا مال له وله ديون على الناس لم يحنث ، ثم ما خرج من الدين أخذ منه ثلثه حتى يخرج الدين كله لأنه لما تعين الخارج مالا التحق بما كان عينا فى الابتداء . ولا يقال : لما لم يثبت حقه فى الدين قبل أن يتعين كيف يثبت حقه فيه إذا تعين . لأنا نقول : مثل هذا غير ممتنع ، ألا ترى أن الموصى له بثلث المال لا يثبت حقه فى القصاص ومتى انقلب مالا يثبت حقه فيه اه .

لأنها أخت الميراث (ولو قال مالى أو ما أملكه شيئا صدقة فهو على) جنس (مال الزكاة) استحسانا (وإن لم يجد غيره أمسك منه) قدر (قوته فإذا ملك) غيره

مطلب فى التوفيق بين القولين فى دخول الدين فى الوصية وعدم دخوله

قال سيدى الوالد : ويمكن أن يوفق بين القولين بهذا فتدبر . والله تعالى أعلم اه وينبغى التأمل عند الفتوى لأن كلام كل متكلم يبنى على عرفه ، فإذا كان العرف أن المال يقع على ما سوى العقار أو الدين أو يعم الكل فيفتى به (قوله لأنها أخت الميراث) أى والميراث يجرى فى كل شىء : أى فى الدين والعين :

مطلب من قال جميع ما أملكه صدقة

(قوله مالى أو ما أملكه صدقة الخ) أما لو قال لله على أن أهدى جميع مالى أو ملكى فإنه يدخل فيه جميع ما يملكه وقت الحلف بالإجماع فيجب أن يهدى ذلك كله إلا قدر قوته ، فإذا استفاد شيئا تصدق بمثله ، وفى مسألة المصنف يدخل الموجود وقت القول فى المنجز . أما لو كان معلقا بالشرط نحو قوله مالى صدقة للمساكين إن فعل كذا دخل المال القائم عند اليمين والحادث بعده . قال سيدى الوالد: ظاهره أنه بدون التنجيز لا يشمل الحادث بعد اليمين وهذا بخلاف الوصية .

مطلب أوصى بثلثه لفلان وليس له مال ثم استفاد تصح الوصية

لما فى الخانية :ولو قال أوصيت بثلث مالى لفلان وليس له مال ثم استفاد مالا ومات كان للموصى له ثلث ما ترك ؛ ثم قال بعده : ولو قال عبيدى لفلان أو براذينى لفلان ولم يضف إلى شىء ولم ينسبهم يدخل فيه ما كان له فى الحال وما يستفيد قبل الموت اه لكن قد يقال : الوصية فى معنى المعلق . وفى حاشية أبى السعود: وقوله والحادث بعده ظاهره ولو بعد وجود الشرط لكن ذكر الإبيارى ما نصه : لو علقه بشرط دخل المال الموجود عند اليمين والحادث بعده إلى وجود الشرط اه فظاهر قول المصنف مالى أو ما أملكه الخ دخول الدين أيضا ، وفيه ما قدمناه آنفا من الخلاف والتوفيق (قوله فهو على جنس مال الزكاة)أى أى جنس كانت بلغت نصابا أولا عليه دين مستغرق أولا ، ولا يتصدق بغير ذلك من الأموال لأنها ليست بأموال الزكاة : وقال زفر : يلزمه التصدق بالكل لأن اسم المال يتناول الكل .

ولنا أنه يعتبر بإيجاب الله تعالى . قال تعالى — خذ من أموالهم صدقة — وهو خاص بالنقدين وعروض التجارة والسوائم والغلة والثمرة العشرية والأرض العشرية ، لأن المعتبر جنس ما يجب فيه الزكاة مع قطع النظر عن قدرها وشرطها ، فإن قضى دينه لزمه أن يتصدق بعده بقدره عينى وغيره . قال ط : ولا تدخل الأرض العشرية عند الطرفين ولا الخراجية اتفاقا اه وخرج رقيق الخدمة ودور السكنى وأثاث المنازل وما كان من الحوائج الأصلية :

مطلب مالى أو ما أملك سواء فى الصحيح

قال فى البحر : وتسوية المصنف بين قوله مالى وبين قوله ما أملك هو الصحيح لأنهما يستعملان استعمالا واحدا فكان فيهما القياس والاستحسان خلافا للبعض ، واختاره فى المجمع والهداية . وذكر القاضى الاسبيجابى أن الفرق بين المال والملك إنما هو قول أبى يوسف ، وأبو حنيفة لم يفرق بينهما ، واختاره الطحاوى فى مختصره اه (قوله أمسك منه قدر قوته) لم يبين فى المبسوط قدر ما يمسك ، لأن ذلك يختلف باختلاف العيال

(تصدق بقدره) .

فى البحر : قال إن فعلت كذا فما أملكه صدقة فحيلته أن يبيع ملكه من رجل بثوب فى منديل ويقبضه ولم يره ثم يفعل ذلك ثم يرده بخيار الرؤية فلا يلزمه شىء . ولو قال ألف درهم من مالى صدقة إن فعلت كذا ففعله وهو يملك أقل لزمه بقدر ما يملك ، ولو لم يكن له شىء لا يجب شىء :

وباعتبار مايتجدد له من التحصيل ، فيمسك أهل كل صنعة قدر ما يكفيه إلى أن يتجدد له شىء . قال ط : المتأخرون قدروا هذا القدر ، فقالوا فى المحترف يمسك لنفسه وعياله قوت يومه وصاحب الغلة وهو آجر الدار ونحوها يمسك قوت شهر ، وصاحب الضيعة يمسك قوت سنة ، وصاحب التجارة يمسك قدر ما يكفيه إلى أن يتجدد له شىء اه (قوله تصدق بقدره) أى بقدر ما أمسك .

مطلب لو قال إن فعلت كذا فما أملكه صدقة فالحيلة فى الفعل وعدم الحنث الخ

(قوله فحيلته) أى إن أراد أن يفعل ولا يحنث (قوله أن يبيع ملكه) أى مما تجب فيه الزكاة (قوله ثم يفعل ذلك) أى المحلوف عليه (قوله فلا يلزمه شىء) يعلم منه كما قال المقدسى أن المعتبر الملك حين الحنث لا حين الحلف اه ووجه المسألة أنه حين الحنث لا مال له :

أقول : ويعلم منه أن المشترى باسم المفعول بخيار الرؤية لا يدخل فى ملكه حتى يراه ويرضى به قاله الشيخ أبو الطيب مدنى .

أقول : الذى يظهر لى أنه يدخل فى ملكه لكنه غير لازم وإلا لزم أن يخرج البدلان من ملكه ولا قائل به ، والمسألة تحتاج إلى المراجعة ، وما نقله عن البحر عزاه فى البحر إلى الولوالجية فى الحيل آخر الكتاب ، وتمامه فيها حيث قال : وإن كان له ديون على الناس يتصالح على تلك الديون مع رجل بثوب فى منديل ثم يفعل ذلك ويردّ الثوب بخيار الرؤية فيعود الدين ولا يحنث اه (قوله لزمه بقدر ما يملك) ولا يلزمه شىء بعد لأنه بمنزلة النذر بما لا يملك ، وكذا يقال فيما بعد (قوله ولو لم يكن له شىء لا يجب شىء) الظاهر أن التعليق ليس بشرط ، حتى لو نجز النذر فقال على أن أتصدق بألف درهم كان الحكم كذلك ، فإن كان يملك دونها يلزمه التصدق ، وإن لم يكن عنده شىء لا يلزمه فراجع رحمتى .

قال فى الهداية : ومن نذر نذرا مطلقا فعليه الوفاء به لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم « من نذر وسمى فعليه الوفاء بما يسمى » وإن علق النذر بشرط فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر لإطلاق الحديث ، ولأن المعلق بالشرط كالمنجز عنده . وعن أبى حنيفة أنه رجع عنه وقال : إذا قال إن فعلت كذا فعلىّ حجة أو صوم سنة أو صدقة ما أملكه أجزأه عن ذلك كفارة يمين وهو قول محمد ، ويخرج عن العهدة بالوفاء بما سمى أيضا ، وهذا إذا كان شرطا لا يريد كونه لأن فيه معنى اليمين وهو المنع ، وهو بظاهره نذر فيتخير ويميل إلى أىّ الجهتين شاء ، بخلاف ما إذا كان شرطا يريد كونه كقوله إن شفى الله مريضى لانعدام معنى اليمين فيه وهذا التفصيل هو الصحيح اه وعليه مشى فى متن مجمع البحرين والدرر والغرر ، وأفتى به إسماعيل الزاهد ومشايخ بلخ وبعض مشايخ بخارى ، واختاره شمس الأئمة والقاضى المروزى . وقال فى البزازية : وعليه الفتوى : وقال فى الفيض : والمفتى به ما رويناه عن أبى حنيفة من رجوعه ، وقد أوضح المسألة العلامة الشرنبلالى فى رسالة سماها [تحفة التحرير وإسعاف الناذر الغني والفقير بالتخيير على الصحيح والتحرير] فليراجعها

(وصح الإيصاء بلا علم الوصى) فصح تصرفه (لا) يصح (التوكيل بلا علم وكيل) والفرق أن تصرف الوصى خلافة

من رام ذلك (قوله وصح الإيصاء) أى من شخص لشخص على صغيره أو وصيتا (١) .

مطلب لا يشترط علم الوصى بالإيصاء بخلاف الوكيل

(قوله فصح تصرفه) أى من غير علم بالإيصاء ، وإذا تصرف يعد قابلا له فلا يتمكن من إخراج نفسه منه وإلا فله إخراج نفسه إذا علم لعدم القبول لأنه لا يخفى أن من حكم الوصى أنه لا يملك عزل نفسه بعد القبول حقيقة أو حكما ، وظاهر ما هنا تبعا للكنز . أنه يصير وصيا قبل التصرف وليس كذلك ، بل إنما يصير بعده كما نبه عليه فى البحر ، ولذا قال فى نور العين من ٢٣ عازيا مات وباع وصيه قبل علمه بوصايته وموته جاز استحسانا ويصير ذلك قبولا منه للوصاية ولا يملك عزل نفسه اه ، فكان على الشارح أن يقول إن تصرف قبله بدل قوله فصح تصرفه فتنبه (قوله لا يصح التوكيل بلا علم وكيل) فلو باع الوكيل قبل العلم لم يجز بحر : أى لم يلزم فيكون بيع الفضولى فيتوقف على إجازته بعد العلم أو على إجازة الموكل كما فى منحة الخالق لسيدى الوالد . وفى البزازية عن الثانى خلافه .

مطلب علم المشترى بالوكالة دون الوكيل يصح

وفى البحر : أما إذا علم المشترى بالوكالة واشترى منه ولم يعلم البائع الوكيل كونه وكيلا بالبيع ، بأن كان المالك قال للمشترى اذهب بعبدى إلى زيد فقل له حتى يبيعه بوكالته عنى منك فذهب به إليه ولم يخبره بالتوكيل فباعه هو منه يجوز ، ومثله الإذن للعبد والصبى بالتجارة فلا يثبت إلا بعد العلم والأمر باليد ، حتى لو جعل أمرها بيدها لا يصير الأمر بيدها ما لم تعلم ، فلو طلقت نفسها قبل العلم لم يقع خانية .

وفى شرح المجمع لابن ملك : إذا قال المولى لأهل السوق بايعوا عبدى فلانا يصير مأذونا قبل العلم ، بخلاف ما لو قال أذنت لعبدى فلان ولم يشهد بين الناس فعلم العبد به شرط كما فى البحر (قوله خلافة) فلا تتوقف على العلم كتصرف الوارث ملكا وولاية . حتى لو باع الجد مال ابن ابنه بعد موت الابن من غير علم بموته جاز .

لكن قال فى البحر : ثم اعلم أنه وقع فى الهداية هنا أن الوصية خلافة كالوراثة وهو مشكل ، فإن المصرح به إن ملك الموصى له ليس بطريق الخلافة كملك الوارث .

قال الصدر الشهيد فى شرح أدب القضاء : إن الموصى له ليس بخليفة عن الميت ولهذا لا يصح إثبات دين الميت عليه ، وإنما يصح على وارث أو وصى . ولو أوصى له بعبد اشتراه فوجد به الموصى له عيبا فإنه لا يرده بخلاف الوارث ويصير الوارث مغرورا لو استحقت الجارية بعد الولادة كالمورث بخلاف الموصى له اه ولم أر أحدا من الشارحين بينه . وقد ظهر لى أن صاحب الهداية أراد بالخلافة أن ملك كل منهما يكون بعد الموت لا بمعنى أنه قائم مقامه . ومما يدل على عدم الخلافة ما فى التلخيص بعد بيان أن ملكه ليس خلافة أنه يصح شراء ما باع الميت بأقل مما باع قبل نقد الثمن بخلاف الوارث ، وقدمنا تعريف المال أول كتاب البيوع اه .

---

(١) (قوله أو وصيته) هكذا بالأصل ، ولعلى فى خط أو تركه

والوكيل نيابة .

أقول : وقد سبق صاحب البحر إلى ذلك صاحب الكفاية حيث قال : قوله لأنها خلافة كهى أى كالوراثة من حيث أنهما يثبتان الملك بعد الموت اه .

وفى البحر أيضا : ثم اعلم أن صاحب الهداية ذكر هنا أن الوصاية خلافة لا نيابة كالوراثة وقال قبله إن الوصية خلافة كهى ، وقدمنا ما فى الثانى . وأما الأوّل فالمراد به أنه خليفة الميت فى التصرف كالوارث لا فى الملك بخلاف الخلافة فى الوصية فإنها فى الملك لا فى التصرف . ومما يدل على أن الوصى خليفة الميت ما فى خزانة المفتين : لو مات عن وصى وابن صغير ودين فقبضه الوصى بعد بلوغ الصغير جاز إلا إذا نهاه .

ثم اعلم أنهم فرقوا بين الوارث والوصى فى مسألة لو أوصى بعتق عبد ملك الوارث إعتاقه تنجيزا وتعليقا وتدبيرا وكتابة ، ولا يملك الوصى إلا التنجيز وهى فى التلخيص اه (قوله والوكيل نيابة) أى عن الموكل ، فالموكل أثبت له ولاية التصرف فى ملكه لابطريق الخلافة لبقاء ولاية الموكل فلا بد من العلم ، فلو أودع ألفا عند رجل ثم قال المالك أمرت فلانا بقبضها منه ولم يعلم فلان بكونه مأمورا بالقبض فقبضه وتلف عنده فالمالك بالخيار فى تضمين أيهما شاء ، ولو علم المودع فقط فدفع للمأمور المذكور فتلف عنده لا ضمان على أحد لأن المستودع دفع بالإذن ، ولو لم يعلم أحدهما فقال المأمور ادفع لى وديعة فلان لأدفعها إلى صاحبها أو ادفعها إلىّ تكون عندى لصاحبها فدفع فضاعت فللمالك تضمين أيهما شاء عندهما بحر عن الخانية .

مطلب الوصاية والوكالة يجتمعان ويفترقان

ثم اعلم أن الوصية والوكالة يجتمعان ويفترقان ، فيفترقان فى مسألة الكتاب وفى أن الوصاية من الميت لا تقبل التخصيص ، بخلاف وصى القاضى فإنه يتخصص والوكالة تقبل التخصيص ، وفى أنه يشترط فى الوصى أن يكون مسلما حرا بالغا عاقلا ، بخلاف الوكيل إلا العقل ، وفى أن الوصى إذا مات قبل تمام المصلحة نصب القاضى غيره ، ولو مات وكيل الغائب لا ينصب غيره إلا عن المفقود للحفظ ، وفى أن القاضى يعزل الوصى بخيانة أو تهمة بخلاف الوكيل عن الحى ، وفى أن الوارث يملك إعتاق الموصى بعتقه تنجيزا وتعليقا وتدبيرا وكتابة ، ولا يملك الوصى إلا الأول .

قال فى الحواشى الحموية على الأشباه من بحث ما افترق فيه الوكيل والوصى : أن الوكيل يملك عزل نفسه لا الوصى بعد القبول ، ولا يشترط القبول فى الوكالة ويشترط فى الوصاية ، ويتقيد الوكيل بما قيده الموكل ولا يتقيد الوصى ، ولا يستحق الوكيل أجرة عمله بخلاف الوصى ، ولا تصح الوكالة بعد الموت والوصاية تصح ، وتصح الوصاية وإن لم يعلم بها الوصى ، بخلاف الوكالة . ويشترط فى الوصى : الإسلام والحرية والبلوغ والعقل ، ولا يشترط فى الوكيل إلا العقل . وإذا مات الوصى قبل تمام المقصود نصب القاضى غيره ، بخلاف موت الوكيل لا ينصب غيره إلا عن مفقود للحفظ ، وفى أن القاضى يعزل وصى الميت بخيانة أو تهمة بخلاف الوكيل ، وفى أن الوصى إذا باع شيئا من التركة فادعى المشترى أنه معيب ولا بينة فإنه يحلف على الثبات ، بخلاف الوكيل فإنه يحلف على نفى العلم .

وهى فى القنية : ولو أوصى لفقراء أهل بلخ فالأفضل للوصى أن لا يجاوز أهل بلخ ، فإن أعطى لأهل كورة أخرى جاز على الأصح . ولو أوصى بالتصدق على فقراء الحاج يجوز أن يتصدق على غيرهم من الفقراء ، ولو خص فقال فقراء هذه السكة لم يجز كذا فى وصايا خزانة الأكمل .

(فلو علم) الوكيل بالتوكيل (ولو من) مميزأو (فاسق صح تصرفه

مطلب الوصى يخالف الوكيل فى هذه المسألة

وفى الخانية : ولو قال لله علىّ أن أتصدق على جنس فتصدق على غيره لو فعل ذلك بنفسه جاز . ولو أمر غيره بالتصدق ففعل المأمور ذلك ضمن اه فهذا مما خالف فيه الوصى الوكيل . ولو استأجر الموصى الوصى لتنفيذ الوصية كانت وصية له بشرط العمل . وهى فى الخانية : ولو استأجر الموكل الوكيل فإن كان على عمل معلوم صحت وإلا لا اه فهى خمس عشرة مسئلة فلتحفظ .

مطلب وصى القاضى نائب عن الميت لا عن القاضى

ثم اعلم أن وصى القاضى نائب عن الميت لا عن القاضى قال فى البحر ولم أر نقلا فى حكم وصايته قبل العلم .

مطلب الناظر وكيل لا وصى

وكذا فى حكم تولية الناظر من الواقف وينبغى أن يكون على الخلاف . فمن جعل الناظر وصيا قال تثبت قبل العلم ومن جعله وكيلا قال لا وصححوا أنه وكيل حتى ملك الواقف عزله بلا شرط اه .

مطلب تقرير فى النظر بلا علمه

قال سيدى الوالد معزيا لأبى السعود : ومقتضاه أن تقريره فى النظر بلا علمه لا يصح .

مطلب الناظر له شبه بالوصى وشبه بالوكيل

ثم رأيت بخط الشيخ شرف الدين الغزى محشى الأشباه أنهم لا يجعلونه وصيا من كل وجه ولا وكيلا كذلك . بل له شبه بالوصى حتى صح تفويضه فى مرض موته . وشبه بالوكيل حتى ملك الواقف عزله من غير شرط على قول أبى يوسف . وأما على قول محمد فهو وكيل عن الموقوف عليهم كما ذكره فى الأشباه .

قلت : وقول محمد مشكل . إذ مقتضى كونه وكيلا عنهم أن لهم عزله مع أن الظاهر من كلامهم أنه لا يصح بل لو عزله القاضى لم يصح إذا كان منصوب الواقف إلا بخيانة اه .

مطلب الناظر وكيل فى حياة الواقف وصى فى موته

قلت : إنه وكيل ما دام الواقف حيا وصى بعد وفاته ، والظاهر أن مراد محمد أنه نظير الوكيل فى سعيه لهم لا وكيل حقيقة إذ ليست ولايته منهم تأمل .

مطلب الكتابة كالخطاب فيقع بها علم الوكيل بالوكالة

(قوله فلو علم الخ) وفى الهداية الكتابة كالخطاب (قوله ولو من مميز) .
أقول : إقحامه لفظ مميز لا يظهر لأنه لا يشترط فى المعلم إلا التمييز (قوله أو فاسق(١)) أى إذا صدقه

---

(١) اختار السرخسى قبول خبر الفاسق لتجب عليه الأحكام بخبره لأن الخبر له رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم ، والعدالة لا تشترط فى الرسول كما مر وصححه الزيلعى . ورده فى الفتح بأن عدم اشتراط العدالة إنما هو فى الرسول الخاص بالإرسال وإلا فيلزم على قوله أن لا تشترط العدالة فى رواية الحديث مقدسى اه منه .

ولا يثبت عزله إلا بـ) إخبار (عدل) أو فاسق إن صدقه عناية (أو مستورين أو فاسقين) فى الأصح(كإخبار السيد بجناية عبده)فلو باعه كان مختارا للفداء (والشفيع) بالبيع (والبكر) بالنكاح (والمسلم الذى لم يهاجر) بالشرائع وكذا الإخبار بعيب لمريد شراء

الوكيل، حتى لو كذبه لا يثبت ، فعلى هذا لافرق بين الوكالة والعزل لأن فى العزل أيضا إذا صدقه ينعزل كذا فى غاية البيان يعقوبية (قوله ولا يثبت عزله الخ) هذا قوله وقالا : لا يشترط فى المخبر بهذه إلا التمييز لكونها معاملة وله أن فيها إلزاما من وجه دون وجه ، فيشترط أحد شطرى الشهادة ، إما العدد أو العدالة . وقال فى البحر : أطلقه وهو مقيد بأن يكون المخبر غير الخصم ورسوله فلا يشترط فيه العدالة ، حتى لو أخبر الشفيع المشترى بنفسه وجب الطلب إجماعا والرسول يعمل بخبره ، وإن كان فاسقا اتفاقا صدقه أو كذبه كما ذكر الإسبيجابى ، وكذا لو كان الرسول صغيرا وظاهر ما فى العمادية أنه لابد أن يقول له إنى رسول بعزلك ومقيد أيضا بما إذا بلغه العزل إن كان العزل قصديا أما إذا كان حكميا كموت الموكل فإنه يثبت وينعزل قبل العلم اه (قوله إن صدقه) أى الوكيل حتى لو كذبه لا يثبت كما قدمناه على اليعقوبية (قوله فى الأصح) راجع للفاسقين خلافا لما فى الكنز حيث قيد بالمستورين ، فإن ظاهره أنه لا يقبل خبر الفاسقين وهو ضعيف ، لأن تأثير خبر الفاسقين أقوى من تأثير خبر العدل بدليل أنه لو قضى بشهادة واحد عدل لم ينفذ وبشهادة فاسقين نفذ فلو أخبره بالعزل غيره من ذكر وتصرف صح تصرفه لعدم عزله كما فى البحر (قوله كإخبار السيد بجناية عبده) أى فإنه يشترط فيه أحد شطرى الشهادة : أى العدد أو العدالة عنده خلافا لهما (قوله فلو باعه كان مختارا للفداء) يعنى إذا أخبره أحد من ذكر ثم باعه كان مختارا للفداء فلا يكون مختارا له بإخبار غير من ذكر فيدفعه البائع أو المشترى إلى ولى الجناية فيما إذا باعه بعد أن أخبره فاسق مثلا بالجناية وإنما يدفعه إذا لم يعلم بجنايته المشترى ، أما إذا علم فيكون مختارا للفداء لقدومه على شرائه مع العلم بعيبه ، وأما إذا أعتق العبد كان الطلب بالأرش عليه أفاده أبو السعود (قوله والشفيع بالبيع)وهو على الخلاف أيضا ، فإذا أخبر الشريك مثلا بالبيع فسكت ولم يطلب ، فإن كان المخبر عدلا أو مستورين مثلا سقطت شفعته لا إن أخبره مستور فبسكوته لايعد مسلما للشفعة (قوله والبكر بالنكاح) هو على الخلاف أيضا فلا يكون سكوتها رضا إلا إذا أخبرها عدل أو مستوران مثلا ، أما إذا أخبرها مستور بنكاح وليها ، فسكتت لا يكون ذلك رضا منها .

قال فى البحر : ثم اعلم أن الإمام محمد نص على خمسة منها ، ولم يذكر مسألة البكر وإنما قاسها المشايخ اه.

مطلب الفاسق إذا أخبر من أسلم ولم يهاجر يلزمه العمل بالشرائع فى الأصح

(قوله والمسلم الذى لم يهاجر) أى الذى أسلم فى دار الحرب فأخبره أحد من ذكر (قوله بالشرائع) فإنه إذا أخبره مستور لا يلزمه الشرائع عنده خلافا لهما . وإذا أخبره عدل أو مستور إن لزمته حتى إذا ترك الفرائض يلزمه قضاؤها .

مطلب البكر إذا أخبرها رسول الولى بالتزويج

والأصح أنه يكفى فيه خبر الفاسق كما فى المفتاح حموى أى فإنه يجب عليه الأحكام بخبره كما فى الرسول فإنه لا يشترط عدالته كالبكر إذا أخبرها رسول الولى بالتزويج كما يأتى قريبا إن شاء الله تعالى (قوله وكذا الإخبار بعيب لمريد شراء) فلو قال له رجل عدل أو مستوران هذه العين معيبة وقدم على شرائها يكون راضيا

وحجر مأذون وفسخ شركة وعزل قاض ومتولى وقف ، فهى عشرة يشترط فيها أحد شطرى الشهادة لالفظها (ويشترط سائر الشروط فى الشاهد) وقيده فى البحر بالعزل القصدى ، وبما إذا لم يصدقه ويكون المخبر غير المرسل ورسوله فإنه يعمل بخبره مطلقا كما سيجىء فى بابه .

(باع قاض أو أمينه) وإن لم يقل جعلتك أمينا فى بيعه على الصحيح ولوالجية

بالعيب لا إن أخبره فاسق (قوله وحجر مأذون) فإذا أخبر المأذون بحجره عدل أو مستوران حجر ،لا إذا أخبره فاسق (قوله وفسخ شركة) أى من أحد الشريكين لا يثبت الفسخ عند الآخر إلا بإخبار عدل أو مستورين فيمنع عن التصرف فى مال الشركة لا إن أخبره فاسق (قوله وعزل قاض) فهو على الحكم السابق . قال فى البحر : وينبغى أن يزاد أيضا عزل القاضى ولم أره اه . قال سيدى الوالد : وهو ظاهر لأنهم صرحوا فى كتاب القضاء بأنه ملحق بالوكيل كما قدمه : أى صاحب البحر فيه اه (قوله ومتولى وقف) أى وعزل متولى وقف : أى على القول بصحة عزله بلا شرط أو على قول الكل إن كان شرط الواقف اه بحر بحثا ، وقدمنا الكلام عليه مستوفى قبل ورقة عند الكلام على وصى القاضى (قوله أحد شطرى الشهادة)أى العدد أو العدالة . وفى الحواشى السعدية أقول : فيه إشارة إلى أن العدالة لا تشترط فى العدد وإن قوله عدل صفة رجل . قال فى التلويح : وهو الأصح (قوله ويشترط) أى فى المخبر (قوله سائر الشروط) أى مع العدد أو العدالة على قول الإمام الأعظم فلا يثبت بخبر المرأة والعبد والصبى وإن وجد العدد أو العدالة ، وقل من نبه على هذا سيدى الوالد (قوله فى الشاهد) أى المشروطة فى الشاهد ، والمراد به المخبر : أى من الحرية والبلوغ ، وأن لا يكون أعمى ولا محدود فى قذف مع العدد العدالة والمعنى ، ويشترط فى المخبر ما اشترط فى الشاهد مما ذكر إلا لفظ أشهد وحضور مجلس القاضى عنده خلافا لهما كما سبق (قوله وقيده فى البحر) أى قيد عزل الوكيل بكون المخبر لابد أن يكون فيه أحد شطرى الشهادة بالعزل القصدى احترازا عما إذا كان حكميا كموت الموكل وجنونه مطبقا فإنه يثبت وينعزل قبل العلم (قوله وبما إذا لم يصدقه) أما إذا صدقه قبل ولو فاسقا بحر وقد مر (قوله غير المرسل) سبق قلم وصوابه كما فى البحر غير الخصم ورسوله فلو أخبر الشفيع المشترى بنفسه وجب الطلب إجماعا ، حتى إذا أخره سقط طلبه (قوله فإنه يعمل بخبره) أى الرسول مطلقا وإن كان فاسقا أو صغيرا أو كذبه ، وظاهره أن ذلك يجرى فى كل ما ذكر فينعزل بذلك ، وتسقط الشفعة بعدم الطلب بعده ويكون سكوت البكر بعده رضا ، وقس الباقى مما يتأتى فيه ذلك ، وظاهر ما فى العمادية أنه لا بد أن يقول له إنى رسول بعزلك كما فى البحر .

أقول : وعليه فلابد للرسول أن يقول للمرسل إليه إنى رسول إليك بكذا .

[تنبيه] يثبت العزل بكتاب الموكل إذا بلغه وعلم ما فيه كما فى ط عن سرى الدين ، وسيذكره الشارح أواخر باب عزل الوكيل (قوله كما سيجىء فى بابه) أى باب عزل الوكيل حيث قال : ويثبت بمشافهته وبإرساله رسولا أو غيره اتفاقا صدقه أو كذبه إذا قال أرسلنى إليك لأبلغك عزله إياك الخ (قوله وإن لم يقل جعلتك أمينا فى بيعه) بأن قال له بع هذا العبد فقط ولم يزد (قوله على الصحيح ولوالجية) اعلم أن أمين القاضى هو من يقول له القاضى جعلتك أمينا فى بيع هذا العبد ، أما إذا قال بيع هذا العبد ولم يزد عليه اختلف المشايخ ، والصحيح أنه لا يلحقه عهدة ذكره شيخ الإسلام خواهر زاده كما فى البحر معزيا إلى شرح التلخيص للفارسى .

(عبدا لـ) لدين (الغرماء وأخذ المال فضاع) ثمنه عند القاضي (واستحق العبد) أو ضاع قبل تسليمه (لم يضمن) لأن أمين القاضي كالقاضي والقاضي كالإمام ، وكل منهم لايضمن بل ولا يحلف

أقول : والمسألة مذكورة فى الفتاوى الولوالجية منح (قوله عبدا لدين الغرماء) أى أرباب الديون ولم يذكر الوارث مع أنهما سواء ، فإذا لم يكن فى التركة دين : أى نقود كان العاقد عاملا له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة إن كان وصى الميت ، وإن كان القاضى أو أمينه هو العاقد رجع عليه المشترى لأن ولاية البيع للقاضى إذا كانت التركة قد أحاط بها الدين ولا يملك الوارث البيع كما فى البحر (قوله أو ضاع) أى هلك العبد من يد القاضى أو أمينه قبل التسليم إلى المشترى كما فى المنح . فالأنسب زيادة أو أمينه (قوله كالإمام) وينبغى أن يجعل نائب الإمام كالإمام لأن القاضى إنما قبل قوله بلا يمين لكونه نائبا عن الإمام ولا ضمان عليه فلا ضمان على على القاضى ، فعلى هذا يقبل قول أمين بيت المال بلا يمين ، وإنما لم يضمن من ذكر لأنه يؤدى إلى تباعدهم عن قبول هذه الأمانة فتتعطل مصالح الناس عينى . قال فى البحر : وأشار إلى أن أمينه لو قال بعت وقبضت الثمن وقضيت الغريم صدق بلا يمين وعهدة إلحاقا بالقاضى ، وأما العيب إذا كان ظاهرا يرد المبيع به بنظر القاضى أو أمينه ، وإذا وجب يمين على مخدرة وجه لها القاضى ثلاثة من العدول يستحلها واحد وآخران يشهدان على يمينها أو نكولها ، فعلى هذا المستحلف ليس بأمينه وإلا قبل قوله فى اليمين والنكول وحده .

ثم اعلم أن القاضى وأمينه لا ترجع حقوق عقد باشراه لليتيم إليهما ، بخلاف الوكيل والأب والوصى ، فلوضمن القاضى أو أمينه ثمن ما باعه لليتيم بعد بلوغه صح بخلافهم ، وقيد بعدم ضمان القاضى عند الاستحقاق لأنه لو أخطأ فى قضائه ضمن كما إذا رجم محصنا بأربعة شهود وظهر أحدهم عبدا أو محدودا فى قذف فديته على القاضى ويرجع بها فى بيت المال بالإجماع .

مطلب لو أخطأ القاضى يضمن

والأصل فى جنس هذه المسائل أن القاضى متى ظهر خطؤه فيما قضى بيقين فإنه يضمن ما قضى به ويرجع بذلك على المقضى له كالمودع والوكيل ، وإن كان الخطأ فى المال ، فإن كان قائما بيد المقضى له أخذه القاضى ورده على المقضى عليه ، وإن كان مستهلكا ضمن قيمته ورجع بذلك على المقضى له ، وإن كان فى قطع أورجم ضمن ورجع بما ضمن فى بيت المال اه وتمامه فيه .

مطلب ملخص ما قيل فى خطإ القاضى

أقول : ملخص ماقيل فى خطأ القاضى فى غير الجور ان كان فى مال لا فى حد فخطؤه فى مال المقضى له ، وإن كان فى حد ، فإن ترتب عليه تلف نفس أو عضو فخطؤه فى بيت المال ، وإن لم يترتب عليه شىء من ذلك كالجلد فهدر هذا عند الصاحبين . وعند الإمام رحمهم الله تعالى يكون هدرا فى الحدود ترتب عليه تلف نفس أو عضو أولا ، كذا أفاده فى الخانية من الحدود والسير ، وهذا إذ لم يتعمد الجور ، وإن تعمد الجوار كان ذلك فى مال القاضى سواء كان فى مال أوحد ترتب عليه تلف نفس أو عضو ، وتعمده الجور يظهر فيما إذا أقر هو بذلك ، وخطؤه بلا جور يظهر بإقرار المقضى له فى الأموال كأن بان أن الشهود عبيد مثلا بإقرار المقضى له لو بتقوم البينة على ذلك ، هذا خلاصة ما تحرر من النصوص المعتمدة فى هذه المسألة كشرح السير الكبير للسرخسي والهندية والخانية من الحدود والسير والأشباه من القضاء وحواشي الطحطاوى وسيدى الوالد وأبى السعود .

بخلاف نائب الناظر (ورجع المشترى على الغرماء) لتعذر الرجوع على العاقد .

(ولو باعه الوصى لهم أى لأجل الغرماء (بأمر القاضى) أو بلا أمره (فاستحق) العبد (أو مات قبل القبض) للعبد من الوصى (وضاع) الثمن (رجع المشترى على الوصى) لأنه وإن نصبه القاضى عاقدا نيابة عن الميت فترجع الحقوق إليه (وهو يرجع على الغرماء) لأنه عامل لهم ، ولو ظهر بعده للميت مال رجع الغريم فيه بدينه هو الأصح .

فالحاصل أن خطأ القاضى ، تارة يكون فى بيت المال وهو إذا أخطأ فى حد ترتب عليه تلف نفس أو عضو وتارة يكون فى مال المقضى له وهو إذا أخطأ فى قضائه فى الأموال ، وتارة يكون هدرا وهو إذا أخطأ فى حد ولم يترتب على ذلك تلف نفس أوعضو كحد شرب مثلا ، وتارة يكون فى ماله أى مال القاضى وهو إذا تعمد الجوار (قوله بخلاف نائب الناظر) قيد لقوله ولا يحلف فإنه يحلف : أى كما يحلف الناظر .

قال فى المنح : إن نائب الإمام كهو ونائب الناظر كهو فى قبول قوله ، فلو ادعى ضياع مال الوقف أو تعريفه على المستحقين فأنكروا فالقول له كالأصيل لكن مع اليمين ، وبه فارق أمين القاضى فإنه لا يمين عليه كالقاضى اه (قوله ورجع المشترى على الغرماء) لأن البيع وقع لهم فكانت العهدة عليهم عند تعذر جعلها على العاقد كما تجعل العهدة على الموكل عند تعذرجعلها على الوكيل المحجور عليه ، كما إذا كان العاقد عبدا أو صبيا يعقل البيع وكله رجل يبيع ماله فإنه لا تتعلق الحقوق بهما بل بموكلهما ، لأن التزام العهدة لا يصح منهما لقصور الأهلية فى الصبى وحق السيد فى العبد كما فى فتح القدير (قوله لتعذر الرجوع على العاقد) أى لأنه عقد لم ترجع عهدته إلى عاقده فتجب على من يقع له العقد والبيع واقع للغرماء فتكون العهدة عليهم كما فى الدرر .

وفى فتح القدير : الأصل أنه إذا تعذر تعلق الحقوق بالعاقد تتعلق بأقرب الناس إلى العاقد وأقرب الناس إليه من ينتفع به ، ألا ترى أن القاضى لا يأمر ببيعه حتى يطالب الغريم ، وأقرب الناس فى مسألتنا من ينتفع بهذا العقد وهو الغريم (قوله ولو باعه الوصى) لا فرق بين وصى الميت ومنصوب القاضى مدنى (قوله أو بلا أمره) هو مفهوم بالأولى لأنه إذا رجع عليه فى الأمر فلأن يرجع عليه عند عدمه بالأولى ط (قوله فاستحق العبد) أى من يد المشترى (قوله وإن نصبه القاضى عاقدا) الأولى حذف هذا التعليل لأنه إنما يظهر فى وصى القاضى ، والاقتصار على قوله لأنه أى وصى الميت عاقد نيابة عن الميت فترجع الحقوق إليه ، كما إذا وكله حال حياته كما فى الهداية ليشمل وصى الميت . قال فى الكفاية : أما إذا كان الميت أوصى إليه فظاهر ، وأما إذا نصبه فكذلك لأن القاضى إنما نصبه ليكون قائما مقام الميت لا مقام القاضى (قوله فترجع) الأولى حذف الفاء (قوله إليه) كما إذا وكله حال حياته (قوله لأنه عامل لهم) ومن عمل لغيره عملا ولحقه بسببه ضمان يرجع به على من يقع له العمل (قوله ولو ظهر بعده للميت مال رجع الغريم فيه) أى فى المال الذى ظهر للميت (قوله بدينه هو الأصح) قال سيدى الوالد فيه إيجاز مخل يوضحه ما فى فتح القدير فلو ظهر للميت مال يرجع فيه الغريم بدينه بلا شك وهل يرجع بما ضمن للمشترى فيه خلاف قيل نعم وقال مجد الأئمة السرخكتى(١) لا يأخذ فى الصحيح من الجواب لأن الغريم إنما يضمن من حيث أن العقد وقع له فلم يكن له أن

---

(١) (قوله السرخكتى) بضم السين وسكون الراء وفتح الخاء المعجمة والكاف وفى آخرها التاء المثناة الفوقية نسبة إلى سرخكت قرية بثغر جسان سمرقند ينسب إليها محمد بن عبد الله بن فاعل ذكره عبد القادر فى الطبقات اه منه .

(أخرج القاضى الثلث للفقراء ولم يعطهم إياه حتى هلك كان) الهالك (من مالهم) أى الفقراء (والثلثان للورثة) لما مر .

(أمرك قاض) عدل (برجم أو قطع) فى سرقة (أو ضرب) فى حد (قضى به) بما ذكر (وسعك فعله) لوجوب طاعة ولى الأمر

يرجع على غيره وفى الكافى الأصح الرجوع لأنه قضى بذلك وهو مضطر فيه فقد اختلف التصحيح كما سمعت اه وقوله بما ضمن للمشترى يفيد أن الاختلاف فى المسألة الأولى(١) لأنه فى الثانية(٢) إنما ضمن للوصى لا للمشترى لكن قال فى البحر وقيل لا يرجع به فى الثانية والأول أصح اه .

والحاصل أنه فى الأولى اختلف التصحيح فى الرجوع ، وفى الثانية الأصح عدمه فتنبه ، ووجدت فى نسخة رجع الغريم فيه بدينه لا بما غرم هو الأصح ، وهذه لا غبار عليها . قال الحلبى : وقيل يرجع بما غرم أيضا وصحح (قوله كان الهالك من مالهم) لأنه نائب عنهم فى القبض .

مطلب للقاضى إفراز حصة الموصى له فى المكيل والموزون إذا كان غائبا

(وقوله لما مر) متعلق بقوله كان الهالك من مالهم ، والمراد بما مر أن القاضى لا يضمن لأنه عامل لهم ، والأولى ذكرها عند معلولها ، وإنما كان الهالك من مالهم لما يأتى فى باب الوصى من قوله : وصح قسمة القاضى وأخذ قسط الموصى له إن غاب الموصى له فلا شىء له إن هلك فى يد القاضى أو أمينه لكنه قال ثمة : وهذا فى المكيل والموزون ، لأنه إفراز ، وفى غيرها لا يجوز لأنه مبادلة كالبيع ومبادلة مال الغير لا يجوز فكذا القسمة اه ، فلينظر هل فرق بين أن يكون الموصى له الغائب معينا أو مطلق الفقراء أو يجرى القيد فيهما وليحرر (قوله أمرك قاض عدل) أى وعالم كذا قيده فى الملتقى وغيره مدنى وكذا قيد فى الكنز وهو الموافق لما فى بعض نسخ المتن وهو قيد لا بد منه هنا لمقابلة قوله الآتى وإن عدلا جاهلا قال فى البحر وما ذكره المصنف قول الماتريدى وفى الجامع الصغير لم يقيده بهما أى العدالة والعلم ثم رجع محمد فقال لا يؤخذ بقوله ما لم يعاين الحجة أو يشهد بذلك مع القاضى عدل وبه أخذ مشايخنا اه وبهذا يظهر لك إن كلام المصنف ملفق من قولين لأن عدم تقييده بالعدالة والعلم مبنى على ما فى الجامع الصغير والتفصيل بعده مبنى على قول الماتريدى وحينئذ فحيث قيده الشارح بقوله عدل يجب زيادة عالم أيضا ليكون على قول الماتريدى ويكون قوله بعدو قيل يقبل لو عدلا عالما مستدركا وحقه أن يقول وقيل يقبل ولو لم يكن عدلا عالما وهو ما فى الجامع الصغير كذا أفاده سيدى الوالد رحمه الله تعالى وسيأتى تتمة الكلام عليه قريبا إن شاء الله تعالى (قوله قضى به) أى بما ذكر أشار به إلى أن أفراد الضمير باعتبار المذكور ولا حاجة إليه لأن العطف بأو .

مطلب طاعة أولى الأمر واجبة

(قوله لوجوب طاعة ولى الأمر) بالآية الشريفة ومن طاعته تصديقه . قال العلامة البيرى فى أواخر شرحه على الأشباه والنظائر عند الكلام على شروط الإمامة : ثم إذا وقعت البيعة من أهل الحل والعقد صار إماما يفترض إطاعته كما فى خزانة الأكمل .

---

(١) أى مسألة بيع القاضى أو أمينه والرجوع فيها بما ضمنه للمشترى اه منه .

(٢) أى مسألة بيع الوصى والرجوع فيها بما ضمنه للوصى اه منه .

ومنعه محمد حتى يعاين الحجة واستحسنوه فى زماننا وفى العيون : وبه يفتى إلا فى كتاب القاضى للضرورة ، وقيل يقبل لو عدلا عالما

وفى شرح الجواهر تجب إطاعته فيما أباحه الدين وهو ما يعود نفعه إلى العامة كعمارة دار الإسلام والمسلمين مما تناوله الكتاب والسنة والإجماع اه .

وفى النهاية وغيرها : روى عن أبي يوسف لما قدم بغداد صلى بالناس العيد وكلفه هارون الرشيد وكبر تكبير ابن عباس رضى الله عنهما ، وروى عن محمد هكذا ، وتأويله أن هارون أمرهما أن يكبرا تكبير جده ففعلا ذلك امتثالا لأمره ، وقد نصوا فى الجهاد على امتثال أمره فى غير معصية .

وفى التتارخانية عن المحيط : إذا أمير الأمير أهل العسكر بشىء فعصاه فى ذلك واحد فالأمير لا يؤدبه فى أول وهلة ، ولكن ينصحه حتى لا يعود إلى مثل ذلك بل يعذره ، فإن عصاه بعد ذلك أدبه إلا إذا بين فى ذلك عذرا فعند ذلك يخلى سبيله ولكن يحلفه بالله تعالى لقد فعلت هذا بعذر اه

وقد أخذ البيرى من مجموع هذه النقول أنه لو أمر أهل بلدة بصيام أيام بسبب الغلاء أو الوباء وجب امتثال أمره ، والله تعالى أعلم وتقدم فى العيدين والاستسقاء ، وانظر ما قدمه سيدى الوالد فى باب الإمامة من كتاب الصلاة (قوله ومنعه محمد) هذا ما رجع إليه بعد الموافقة ح (قوله حتى يعاين الحجة) زاد عليه بعض المشايخ أو يشهد بذلك مع القاضى عدل وهو رواية عنده ، ومعناه أن يشهد القاضى والعدل على شهادة الذين شهدوا بسبب الحد لا على حكم القاضى وإلا كان القاضى شاهدا على فعل نفسه ، واستبعده فى فتح القدير بكونه بعيدا فى العادة وهو شهادة القاضى عند الجلاد ، والاكتفاء بالواحد على هذه الرواية فى حق يثبت بشاهدين وإن كان فى زنا فلا بد من ثلاثة أخر كذا ذكره الإسبيجابي بحر .

مطلب القضاة إذا تولوا بالرشا أحكامهم باطلة

(قوله واستحسنوه فى زماننا) لأن القضاة قد فسدوا فلا يؤمنون على نفوس الناس ودمائهم وأموالهم ح . قال فى العناية لا سيما قضاة زماننا ، فإن أكثرهم يتولون بالرشا فأحكامهم باطلة اه والتدارك غير ممكن .

أقول : هذا فى قضاة زمانهم فما بالك فى قضاة زماننا أصلح الله تعالى أحوالنا جميعا آمين بمنه وكرمه (قوله وفى العيون وبه يفتى) قال فى البحر : لكن رأيت بعد ذلك فى شرح أدب القضاء للصدر الشهيد أنه صح رجوع محمد إلى قولهما رواه هشام عنه اه .

فالحاصل أن الشيخين قالا بقبول إخبار القاضى عن إقرار الخصم بما لا يصح رجوع المقر عنه كالقصاص وحد القذف والأموال والطلاق وسائر الحقوق وإن محمدا وافقهما أولا ثم رجع إلى ما ذكر عنه من أنه لا يقبل إلا بضم رجل آخر إليه ثم صح رجوعه إلى قولهما . وأما إذا أخبر القاضى بإقراره عن شىء يصح رجوعه عنه كالحد لم يقبل قوله بالإجماع ، وإن أخبر عن ثبوت الحق بالبينة فقال قامت بذلك بينة وعدلوا وقبلت شهادتهم على ذلك تقبل فى الوجهين جميعا وهذا فى القاضى المولى ، أما المعزول فلا يقبل ولو شهد معه عدل كما مر عن النهر أوائل القضاء (قوله إلا فى كتاب القاضى للضرورة) أى ضرورة إحياء الحق ولأن الخيانة فى مثله قلما تقع وظاهر الاقتصار على كتاب القاضى أن القاضى لا يقبل قوله فيما عداه أى على قول محمد سواء كان قتلا أو قطعا أو ضربا ، فلو قال قضيت بطلاقها أو بعتقه أو ببيع أو نكاح أو إقرار لم يقبل قوله . وفى التهذيب : ويصدق فيما قال من التصرف فى الأوقاف وأموال الأيتام والغائبين من أداء وقبض (قوله وقيل يقبل لو عدلا عالما)

(وإن عدلا جاهلا ، إن استفسر فأحسن) تفسير (الشرائط صدق وإلا لا وكذا) لا يقبل قوله (لو) كان (فاسقا) عالما كان أو جاهلا للتهمة فالقضاة أربعة (إلا أن يعاين الحجة) أى سببا شرعيا .

(صب دهنا لإنسان عند الشهود) فادعى مالكه ضمانه (وقال) الصابّ (كانت) الدهن (نجسة وأنكره المالك فالقول للصاب) لإنكاره الضمان والشهود يشهدون على الصب لا على عدم النجاسة (لوقتل رجلا وقال قتلته لردته أو لقتله أبى لم يسمع) قوله لئلا يؤدى إلى فتح باب العدوان ، فإنه يقتل ويقول كان القتل لذلك ،

دخول على المتن قصد به إصلاحه ، وذلك أنه إذ أطلق أولا القاضي ولم يقيده بالعدل العالم تبعا للجامع الصغير وهو ظاهر الرواية ثم ذكر التفصيل ، وهو على قول الماتريدى القائل باشتراط كونه عالما كما مشى عليه فى الكنز كما مر بيانه ، وإن أردت زيادة الدراية فارجع إلى الهداية ، وحيث كان مراد الشارح ذلك فكان الصواب أن يحذف قوله عدل فى أوّل المسألة فإنه من الشرح على ما رأيناه بل الأولى حذف هذا القيل لكونه عين ما فى المصنف ثم إن هذا القيل هوقائله أبو منصور لأن عدم الاعتماد إنما علل بالفساد والغلط وهو منتف فى العالم العدل .

وذكر الإسبيجابى أن المسألة مصوّرة عند الإمام فى القاص العالم العدل ، لأنه إذا كان غير هذا لا يولى القضاء ولا يؤتمر بأمره بالاتفاق اه فما قاله أبو منصور كشف عن مذهب الإمام اه (قوله وإن عدلا جاهلا إن استفسر فأحسن تفسير الشرائط) بأن يقول فى حد الزنا إنى استفسر المقر بالزنا كما هو المعروف فيه وحكمت عليه بالرجم ، ويقول فى حد السرقة إنه ثبت عندى بالحجة أنه أخذ نصابا من حرز لا شبهة فيه ، وفى القصاص إنه قتل عمدا بلا شبهة وإنما يحتاج إلى استفسار الجاهل لأنه ربما يظن بسبب جهله غير الدليل دليلا كفاية (قوله صادق) أى يجب تصديقه وقبول قوله ثم المراد من جهله جهله بوقائع الناس لأنها فرض كفاية ، فإنه يسأل المفتى ويحكم بقوله ، بخلاف جهله بما يفترض عليه عينا فإنه يفسق فلا يكون عدلا فيكون من القسم الآتى بيانه (قوله فالقضاة أربعة) لأنه إما عالم أو جاهل ، وفى كل إما عدل أو فاسق (قوله أى سببا شرعا) للحكم فحينئذ يقبل قوله لإنتفاء التهمة اه منح ، وإنما أول الحجة بالسبب ليعم الإقرار ط (قوله صب دهنا لإنسان عند الشهود) لاحاجة إليه لأنه مقر ط (قوله لإنكاره الضمان) أى الضمان بالمثل لا بالقيمة وإلا كان مشكلا ، لأن المتنجس مال بدليل جواز بيعه فيجزى فيه التملك والتمليك فيكون مالا معصوما . وأيضا فإن ظاهره أن القول له فى عدم الضمان ، وليس كذلك بل القول قوله فى كونه متنجسا ، وأما الضمان فلا فيضمن قيمته متنجسا فلا يكون القول له إلا فى أنها متنجسة فيضمن قيمتها متنجسة كما نقله أبو السعود عن الشيخ شرف الدين الغزى محشى الأشباه ، ويدل له عبارة الخانية قبيل كتاب القاضى من الشهادات : والقول قوله مع يمينه فى إنكاره استهلاك الطاهر ، ولا يسع الشهود أن يشهدوا عليه أنه صب زيتا غير نجس ، وتمامه فيها فراجعها .

وفى البزازية : أراق زيت إنسان أو سمنه وقد وقعت فيه فأرة ضمنه ، وحينئذ فتعين أن المراد بعدم الضمان ضمان المثلى لأنه المتبادر وأن المراد بالضمان المثبت ضمان القيمة لأنه بالتنجس صار قيمياً ، لقولهم : المثلى ما حصره كيل أو وزن وكان على صفته الأصلية من الطهارة ، فإن خرج عنها بالتنجس صار قيمياً كما هو صريح كلام البزازى ثانيا .

وفى فصول العمادى : وإذا أتلف زيت غيره فى السوق أو سمنه أو خله أو نحو ذلك وقال أتلفته لكونه نجسا لأنه ماتت فيه فأرة فالقول قوله لأن الزيت النجس ونحوه قد يباع فى السوق ، وإن أتلف لحم قصاب فى السوق

وأمر الدم عظيم فلا يهمل ، بخلاف المال إقرار بزازية .

(صدق) قاض (معزول) بلا يمين (قال لزيد أخذت منك ألفا قضيت به) أى بالألف (لبكر ودفعته إليه ، أو قال قضيت بقطع يدك فى حق وادعى زيد أخذه) الألف (وقطعه) اليد (ظلما وأقر بكونهما) أى الأخذ والقطع (فى) وقت (قضائه وكذا لو زعم فعله قبل التقليد أو بعد العزل فى الأصح لأنه أسند فعله إلى حالة معهودة

وقال أتلفته لكونه ميتة ضمن لأن الميتة لاتباع فى السوق فجاز للشهود أن يشهدوا أنها ذكية كما فى الحواشى الحموية (قوله وأمر الدم عظيم فلا يهمل) ألا ترى أنه حكم فى المال بالنكول وفى الدم حبس حتى يقرأ ويحلف، واكتفى فى المال باليمين الواحدة وبخمسين يمينا فى الدم (قوله بخلاف المال) قال فى البحر : لو أتلف لحم طواف فطولب بالضمان فقال كانت ميتة فأتلفتها لايصدق، وللشهود أن يشهدوا أنه لحم ذكى بحكم الحال . وقال القاضى : لايضمن فاعترض عليه بمسألة كتاب الاستحسان المتقدمة ، وهى لو قتل رجلا الخ فأجاب عنه بما نقله الشارح عن إقرار البزازية (قوله صدق قاض) وكذا لاضمان على القاطع والآخذ لو أقر بما أقر به القاضى ، ووجه عدم الضمان على القاضى أنهما لما توافقا أنه فعل ذلك فى قضائه كان الظاهر شاهدا له ، إذ القاضى لايقضى بالجور ظاهرا ولا يمين عليه لأنه ثبت فعله فى قضائه بالتصادق ، ولا يمين على القاضى كما فى البحر (قوله كذا لو زعم) أى المقضى عليه ، لكن لو أقر القاطع والآخذ فى هذا بما أقر به القاضى يضمنان لأنهما أقرا بسبب الضمان، وقول القاضى مقبول فى دفع الضمان عن نفسه لافى إبطال سبب الضمان عن غيره، بخلاف الأول لأنه ثبت فعله فى قضائه بالتصادق أى فيدفع قول القاضى الضمان عن نفسه وعن غيره ، ولو كان المال فى يد الآخذ قائما وقد أقر بما أقر به القاضى والمأخوذ منه المال صدق القاضى فى أنه فعله فى قضائه أو لايؤخذ منه لأنه أقر أن اليد كانت له فلا يصدق فى دعوى التملك إلا بحجة وقول المعزول ليس بحجة فيه بحر (قوله لأنه أسند) أى القاضى .

مطلب واقعة الفتوى

(قوله إلى حالة معهودة) فصار كما إذا قال طلقت أو أعتقت وأنا مجنون وجنونه معهود ومثله المدهوش ، وهى واقعة الفتوى للخير الرملى ، فإذا كانت الدهشة معهودة منه يقبل قوله ، وإذا لم تكن معهودة لايقبل قوله إلا ببينة ، ولو أقر القاطع والآخذ فى هذا الفصل بما أقر به القاضى يضمنان لأنهما أقرا بسبب الضمان ، وقول القاضى مقبول فى دفع الضمان عن نفسه لافى إبطال سبب الضمان عن غيره بخلاف الفصل الأول لأنه ثبت فعله فى قضائه بالتصادق .

مطلب الأصل أن المقر إذا أسند إقراره إلى حالة منافية للضمان من كل وجه

فإنه لايلزمه شىء

وجعل بعضهم هذا أصلا فقال : الأصل أن المقر إذا أسند إقراره إلى حالة منافية للضمان من كل وجه فإنه لايلزمه ضمان ماذكر .

ومنها لو قال العبد لغيره بعد العتق قطعت يدك وأنا عبد فقال المقر له بل قطعتها وأنت حر فالقول للعبد .

ومنها لو قال المولى لعبد قد أعتقه أخذت منك غلة كل شهر خمسة دراهم وأنت عبد فقال المعتق أخذتها بعد العتق كان القول للمولى .

منافية للضمان فيصدق إلا أن يبرهن زيد على كونهما فى غير قضائه فالقاضى يكون مبطلا صدر الشريعة .

ومنها للوكيل بالبيع إذا قال بعت وسلمت قبل العزل وقال الموكل بعد العزل فالقول للوكيل إن كان المبيع مستهلكا ، وإن كان قائما فالقول للموكل لأنه أخبر عما لايملك الإنشاء . وكذا فى مسألة الغلة لايصدق فى الغلة القائمة لأنه أقر بالأخذ وبالإضافة يدعى عليه التمليك .

ومنها لو قال الوصى بعد مابلغ اليتيم أنفقت عليك كذا وكذا من المال وأنكر اليتيم كان القول للوصى لكونه أسنده إلى حالة منافية للضمان .

وأورد فى النهاية على هذا الأصل ماإذا أعتق أمته ثم قال لها قطعت يدك وأنت أمتى فقالت هى قطعتها وأنا حرة فالقول لها ، وكذا فى كل شىء أخذه منها عند أبى حنيفة وأبى يوسف مع أنه منكر للضمان بإسناد الفعل إلى حالة منافية للضمان ، فأجاب بالفرق من حيث إن المولى أقر بأخذ مالها ثم ادعى التمليك لنفسه فيصدق فى إقراره ولا يصدق فى دعواه التمليك . وكذا لو قال لرجل أكلت طعامك بإذنك فأنكر الإذن يضمن المقر . وذكر الشارح : أى الزيلعى أن هذا الفرق غير مخلص . وهو كما قال كما فى البحر أى لعدم جريانه فى صورة النزاع فى أخذ غلة العبد وقطع يد الأمة كما لايخفى كما فى الحواشى السعدية ثم قال فى البحر وقد خرج هذا الفرع ونحوه بما زدناه على التاعدة من قولنا من كل وجه لأن كونها أمة له لاينفى الضمان عنه من كل وجه لأنه يضمن فيما لو كانت مرهونة أو مأذونة مديونة فلم يرد وأصل المسألة فى المجمع من الإقرار .

مطلب السلطان إذا عزل قاضيا لاينعزل مالم يبلغه الخبر

[تتمة] السلطان إذا عزل قاضيا لا ينعزل ما لم يصل إليه الخبر ، حتى لو قضى بقضايا بعد العزل قبل وصول الخبر إليه جاز قضاؤه . وعن أبى يوسف أنه لاينعزل وإن علم بعزله مالم يقلد غيره مكانه ويتصل صيانة لحقوق الناس ، ولو مات رجل ولا يعلم له وارث فباع القاضى داره يجوز ، ولو ظهر وارث بعد ذلك فالبيع ماض ولا ينقض .

رجل له على رجل ألف درهم جياد : فقضاه زيوفا وقال أنفقها ، فإن لم ترج فردها ففعل فلم ترج ، قال أبو يوسف له أن يردها عليه استحسانا لأن ما قبض من الدراهم ليس هو عين حقه بل هو مثل حقه ، وإنما يصير حقا له إذا رضى به ، فإذا لم يرض به لم يصر حقا له فيكون القابض متصرفا فى ملك الدافع بأمره فلا يبطل حق القابض ، وهذا بخلاف ما لو اشترى شيئا فوجده معيبا فأراد أن يرده فقال له البائع بعه ، فإن لم يبع رده على فعرضه على البيع فلم يشتره أحد لم يرده وذلك لأن المقبوض عين حقه إلا أنه معيب . فلم يكن قول البائع بعه إذنا له بالتصرف فى ملك البائع . فكان متصرفا فى ملك نفسه فيبطل حقه فى الرد .

مطلب إذا قال المقر لسامع إقراره لا تشهد له أن يشهد

بخلاف ما إذا قال له المقر له لاتشهد فلا يشهد عليه

إذا قال المقر لسامع إقراره لا تشهد على وسعه أن يشهد عليه ، لا إذا قال المقر له لا تشهد عليه بما أقر به لا يسعه أن يشهد ، فلو رجع المقر له وقال إنما نهيتك لعذر وطلب منه الشهادة فقولان أشباه (قوله منافية للضمان) أى من كل وجه كما زاده فى البحر وتقدم الكلام عليه آنفا (قوله كونهما) أى الواقعتين .

[فرع] نقل فى الأشباه عن بعض الشافعية : إذا لم يكن للقاضى شىء فى بيت المال فله أخذ عشر مايتولى من أموال اليتامى والأوقاف . وفى الخانية : للمتولى العشر فى مسألة الطاحونة .

مطلب فى أخذ القاضى العشر من مال الأيتام والأوقاف

(قوله نقل فى الأشباه) وعبارتها : قال فى بسط الأنوار للشافعية من كتاب القضاء ما لفظه : وذكر جماعة من أصحاب الشافعى وأبى حنيفة إذا لم يكن للقاضى شىء من بيت المال فله أخذ عشر ما يتولى من مال الأيتام والأوقاف ثم بالغ فى الإنكار اه ولم أر هذا لأصحابنا اه . وما أحببت نقل الشارح العبارة على هذا الوجه لئلا يظن بعض المتهورين صحة هذا النقل مع أن الناقل بالغ فى إنكاره كما ترى . كيف وقد اختلفوا عندنا فى أخذه من بيت المال فما ظنك فى اليتامى والأوقاف .

قال الشيخ خير الدين الرملى فى حاشيته على الأشباه ما نصه : قوله ثم بالغ فى الإنكار . أقول : يعنى على الجماعتين والمبالغة فى الإنكار واضحة الاعتبار ، لأنه لو تولى على عشرين ألفا مثلا ولم يلحقه فيها من المشقة شىء بماذا يستحق عشرها وهو مال اليتيم وفى حرمته جاءت القواطع ؟ فما هو إلا بهتان على الشرع الساطع ، وظلمة غطت على بصائرهم . فنعوذ بالله من غضبه الواقع . ولا حول ولا قوة إلا بالله العلى العظيم اه .

مطلب إذا كان للقاضى عمل فى مال الأيتام له العشر

قال الحموى : لا وجه للمبالغة فى الإنكار لجواز أن يكون ذلك مقيدا بما إذا كان له عمل وأقله حفظ المال إلى أوان بلوغ القاصر اه .

مطلب المراد بالعشر أجر المثل ولو زاد يرد الزائد

قال بيرى زاده فى حاشيتها والصواب أن المراد من العشر أجر مثل عمله ، حتى لو زاد رد الزائد اه مدنى .

(قوله للمتولى العشر فى مسألة الطاحونة) أى إذا كان له عمل . قال ط : هذه المسألة لا محل لذكرها هنا على أنها غير محررة .

مطلب لا يستوجب الأجر إلا بطريق العمل

وفى الأشباه : وعبارة الخانية : رجل وقف ضيعة على مواليه فمات الواقف وجعل القاضى الوقف فى يد القيم وجعل للقيم عشر الغلات وفى الوقف طاحونة فى يد رجل بالمقاطعة لا حاجة فيها إلى القيم وأصحاب هذه الطاحونة يقبضون غلتها لايجب للقيم عشر الغلة من هذه الطاحونة ، لأن القيم مايأخذ إلا بطريق الأجر فلايستوجب الأجر إلا بطريق العمل اه .

وفى تلخيص الكبرى : قاض نصب قيما على غلات مسجد وجعل له شيئا معلوما يأخذه كل سنة حل له العشر لو كان أجر مثله اه وقدم سيدى الكلام على ذلك فى كتاب الوقف فراجعه . وقال فى فصل : يراعى شرط الواقف بعد كلام .

ثم رأيت فى إجابة السائل : ومعنى قول الولوالجية بعد أن جعل القاضى للقيم عشر غلة الوقف : أى التى هى أجر مثله لاما توهمه أرباب الأغراض الفاسدة الخ اه .

قلت لكن فى البزازية : كل ما يجب على القاضى والمفتى لا يحل لهما أخذ الأجر به كإنكاح صغير لأنه واجب عليه وكجواب المفتى بالقول . وأما بالكتابة فيجوز لهما على قدر كتبهما لأن الكتابة لا تلزمهما ،

مطلب للناظر ما عينه له الواقف وإن زاد على أجر مثله

قلت : وهذا فيمن لم يشترط له الواقف شيئا . وأما الناظر بشرط الواقف فله ما عينه له الواقف ولو أكثر من أجر المثل كما فى البحر ، ولو عين له أقل فللقاضى أن يكمل له أجر المثل بطلبه كما بحثه فى أنفع الوسائل اه وتمامه ثمة (قوله قلت لكن الخ) لا وجه لهذا الاستدراك لما علمت من أن ما نقله عن الأشباه هو قول لبعض الشافعية فكيف يستدرك عليه بعبارة البزازية التى هى مذهب الحنفية (قوله لا يحل لهما أخذ الأجر به) أى بسببه (قوله كإنكاح صغيرة) قال فى الخلاصة : يحل للقاضى أخذ أجرة على كتبه السجلات وغيره بقدر أجرة المثل هو المختار ، ولا يحل أخذ شيء على نكاح الصغار ، وفى غيره يحل : ولا يحل أخذ الأجرة على إجازة بيع مال اليتيم ، ولو أخذ لا ينفذ البيع ط عن الحموى (قوله وكجواب المفتى بالقول) لأن أخذ الأجرة على بيان الحكم الشرعى لا يحل عندنا . وأما الهدية له فقد تقدم الكلام عليها فى كتاب القضاء فراجعه .

مطلب للقاضى والمفتى أخذ أجر مثل الكتابة إذا كلفا إياها

(قوله أما بالكتابة فيجوز لهما على قدر كتبهما) لأن الكتابة لا تلزمهما أى لو كلفا للكتابة فيجوز لهما أخذ أجر مثلهما ولا يجوز لهما الزيادة عليه ، وإذا كان لا يجوز لهما قبول الهدية ولا الدعوة الخاصة لأنهما فى معنى الرشوة وهى من أقبح قبائح القضاة والمفتين فكيف يجوز لهما أن يأخذ زائدا على أجر مثلهما أى على مقدار ما يستحق كل منها من الأجرة على مثل تلك الخطوط . اللهم ألهمنا الصواب وجنبنا الخطأ آمين .

مطلب لو سئل المفتى عما يتعسر أو يتعذر جوابه باللسان هل يجب عليه بالكتابة

قال العلامة الرملى ومما يتعلق بذلك مسألة سئلت عنها : لو سئل المفتى عما لا يمكنه أو عما يعسر عليه جوابه باللسان ولا يعسر عليه بالكتابة كمسائل المناسخات التى يدق كسورها جدا ولا تثبت فى حفظ السائل هل يفرض عليه الكتابة مع تيسرها أولا ، ولم أر من صرح بالحكم ، لكن النظر الفقهى يقتضى وجوبها عليه حيث تعسر أو تعذر باللسان ويكون الجواب بالكتابة نائبا عن الجواب باللسان ليخرج عن عهدة الواجب عليه من الجواب باللسان ، فيكتب المفتى ما يتعذر عليه أو يتعسر النطق بلا كتابة حيث تيسرت له آلة الكتابة لأجل القيام بالواجب فيقرأ على السائل فيخرج من العهدة .

مطلب ليس على المفتى دفع الرقعة ، وليس عليه أن يفهم السائل ما يصعب

ولا يؤاخذ المفتى بسوء حفظ السائل

ولا يجب عليه دفع الرقعة له ولا أن يفهمه ما يشق عليه ويحفظه ما يصعب عليه بل كل ذلك خارج عن التكليف ، ولا يؤاخذ المفتى بسوء حفظ السائل وقلة فهمه .

مطلب على المفتى الجواب بأى طريق كان ولو بالكتابة إذا تيسرت له

والحاصل أن على المفتى الجواب بأى طريق يتوصل به إليه ، وكل ما لا يتوصل إلى الفرض إلا به فهو فرض .

وتمامه فى شرح الوهبانية . وفيها :

وليس له أجر وإن كان قاسما . وإن لم يكن من بيت مال مقرر
ورخص بعض لانعدام مقرر . وفى عصرنا فالقول الأول ينصر

مطلب إذا سئل المفتى مما يتعسر أو يتعذر باللسان ويتيسر بالكتابة لا يجب عليه بذل آلتها

وحيث كان فى وسع المفتى الجواب بالكتابة لا باللسان وجب عليه الجواب بها حيث تيسرت إليه بلا مشقة عليه بأن أحضرها له السائل ولا يلزم المفتى بذلها من عنده له . ومقتضى القياس وجوب تحصيلها على المفتى كماء الوضوء ليحصل به ما هو المفروض عليه ، وهذا كله إذا تعين عليه الإفتاء ولم يكن فى البلدة من يقوم مقامه فى ذلك . والإفتاء طاعة والطاعة بحسب الاستطاعة ، فما يراعى فى غيره من الطاعات يراعى فيه فرضا ووجوبا واستحبابا وندبا فليتأمل فيه اه ومثله فى الحواشى الحموية .

مطلب الأجر مقدر بقدر المشقة

(قوله وتمامه فى شرح الوهبانية) قال فيه : والأصح أنه أى الأجر بقدر المشقة ، وقد تزيد مشقة الوثيقة فى أجناس مختلفة بمائة على مشقة ألف ألف فى النقود ونحوها .

مطلب ما قيل فى كل ألف خمسة دراهم لا يعول عليه

قلت فى العمادية عن الملتقط : وما قيل فى كل ألف خمسة دراهم لا يعول عليه ولا يليق ذلك بفقه أصحابنا رحمهم الله تعالى . وأى مشقة للكاتب فى كثرة الثمن ، وإنما له أجر مثله بقدر مشقته وبقدر صنعته وعمله كما يستأجر الحكاك بأجرة كثيرة فى مشقة قليلة .

مطلب يجب الأجر بقدر العناء والتعب

وفى شرح التمرتاشى عن النصاب يجب بقدر العناء والتعب وهذا أشبه بأصول أصحابنا .

مطلب الصحيح أنه يرجع فى الأجرة إلى مقدار طول الكتاب وقصره الخ

وفى كتاب السجلات : الصحيح أنه يرجع فى الأجرة إلى مقدار طول الكتاب وقصره وصعوبته وسهولته اه (قوله وفيها الخ) يوهم أن هذه الأبيات المذكورة من الوهبانية وليس كذلك ، بل هى من كلام ابن الشحنة كما أفصح به بقوله : تكميل قال العلامة عبد البر : هل يستحق القاضى الأجر أم لا . قال الزاهدى فى شرحه للقدورى : لا يستحق الأجر وإنما يستحقه إذا لم يكن له فى بيت المال شىء .

مطلب إذا تولى القاضى قسمة التركة لا يستحق الأجر وإن لم تكن له مؤنة فى بيت المال

وفى القنية عن ظهير الدين المرغينانى وشرف الأئمة المكى القاضى : إذا تولى قسمة التركة لا أجر له وإن لم تكن له مؤنة فى بيت المال . ثم رقم للمحيط وشرح بكر خواهر زاده وقال له لا حرمة إذا لم تكن له مؤنة فى بيت المال لكن المستحب : أى لا يأخذ . قال البديع : ما أجاب به الظهير والشرف حسن فى هذا الزمن لفساد القضاة إذ لو أطلق لهم لا يقنعون بأجر المثل فأحببت إلحاقه فقلت وذكر البيتين الأولين ثم ذكر البيت الأخير بعد كلام يتعلق بالمفتى (قوله وإن كان قاسما) أى للتركات مثلا (قوله فالقول الأول)

وجوّز للمفتى على كتب خطه   على قدره إذ ليس فى الكتب يحصر

كتاب الشهادات

أخرها عن القضاء لأنها كالوسيلة وهو المقصود .

(هى) لغة خبر قاطع . وشرعا (أخبار صدق لإثبات حق) فتح .

بوصل همزة الأول (قوله إذ ليس) أى المفتى (قوله فى الكتب) أى فى الكتابة (قوله يحصر) أى يلزم ويجب عليه .

مطلب لا بأس المفتى أن يأخذ شيئا من كتابة جواب الفتوى

وفى ذلك الشرح عن جلال الدين أبى المحامد قالوا : لا بأس للمفتى أن يأخذ شيئا من كتابة جواب الفتوى.

مطلب الواجب على المفتى الجواب باللسان لا بالبنان

وذلك لأن الجواب على المفتى الجواب باللسان دون الكتابة بالبنان ومع هذا الكف عن ذلك أولى (قوله على قدره) أى قدر الخط أى والعناء . وقد سبق مافيه من أن الكف أولى احترازا عن القيل والقال. وصيانة لماء الوجه عن الابتذال اه . والله تعالى أعلم وأستغفر الله العظيم .

كتاب الشهادات

جمعها وإن كانت فى الأصل مصدرا باعتبار أنواعها فإنها تكون فى حد الزنا وغيره (قوله أخرها عن القضاء) وإن كان المتبادر تقديمها عليه ، لأن القضاء موقوف عليها إذا كان ثبوت الحق بها . وفى الحموى : أخرها لأن القاضى يحتاج إليها عند الإنكار فكان ذلك من تتمة حكمه ولأن الشهادة إنما تقبل فى مجلس القضاء ولا تكون ملزمة بدون القضاء اه (قوله هى لغة) الضمير عائد للشهادة المفهومة من الشهادات (قوله خبر قاطع) تقول منه شهد الرجل على كذا وربما قالوا شهد الرجل بسكون الهاء للتخفيف . وقولهم أشهد بكذا : أى أحلف. والمشاهدة : المعاينة وشهده شهودا : أى حضره . وقوم شهود : أى حضور . وهو فى الأصل مصدر وشهد أيضا مثل راكع وركع وشهد له بكذا شهادة : أى أدى ماعنده فهو شاهد والجمع شهد كصاحب وصحب وسافر وسفر وبعضهم ينكره ، وجمع الشهد شهود وأشهاد والشهيد الشاهد والجمع الشهداء (قوله أخبار صدق) فالإخبار كالجنس ، وقوله صدق يخرج الأخبار الكاذبة . وصدق الخبر : مطابقته للواقع (قوله لإثبات حق) يخرج قول القائل فى مجلس القضاء أشهد بكذا لبعض العرفيات . قال فى البحر : هى أخبار عن مشاهدة وعيان لا عن تخمين وحسبان: أى الشهادة شرعا . وصرح الشارح بأن هذا معناها اللغوى وهو خلاف الظاهر . وإنما هو معناها الشرعى أيضا كما أفاده فى إيضاح الإصلاح . والمشاهدة : المعاينة كما تقدم . والعيان : المعاينة . والتخمين : الحدس ، وهو الظن . والحسبان بالكسر : الظن .

وأورد على هذا التعريف الشهادة بالتسامع فإنها لم تكن مشاهدة . وأجاب فى الإيضاح بأن جوازها إنما هو الاستحسان، والتعريفات الشرعية إنما تكون على وفق القياس ولكونها أخبارا عن معاينة : قال فى الخانية : إذا قرئ عليه صك ولم يفهم ما فيه لا يجوز له أن يشهد بما فيه .

قلت : فإطلاقها على الزور مجاز كإطلاق اليمين على الغموس (بلفظ الشهادة فى مجلس القاضى). ولو بلا دعوى كما فى عتق الأمة . وسبب وجوبها طلب ذى الحق أو خوف فوت حقه

مطلب لاتحل الشهادة بسماع صوت المرأة من غير رؤية شخصها وإن عرف بها اثنان

وفى الملتقط : إذا سمع صوت المرأة ولم ير شخصها فشهد اثنان عنده أنها فلانة لا يحل له أن يشهد عليها : وإن رأى شخصها وأقرت عنده فشهد اثنان أنها فلانة حل له أن يشهد عليها اه أى ويصح التعريف ولو من زوجها وابنها وممن لايصح شاهدا لها سواء كانت الشهادة لها أو عليها كما فى التنقيح لسيدى الوالد (قوله مجاز) من حيث المشابهة الصورية : أي مجاز مرسل وعلاقته الضدية لأن الزور إخبار بكذب (قوله كإطلاق اليمين على الغموس) فإن حقيقة اليمين عقد يتقوّى به عزم الحالف على الفعل أو الترك فى المستقبل . والغموس : الحلف على ماض كذبا عمدا (قوله بلفظ الشهادة) فلا يجزئ التعبير بالعلم ولا باليقين فيتعين لفظها كما يأتى (قوله فى مجلس القاضى) خرج به إخباره فى غير مجلسه فلا يعتبر . وإنما قيد بالقاضى وإن كان المحكم كذلك لأن المحكم لا يتقيد حكمه بمجلس بل كل مجلس حكم فيه كان مجلس حكمه حموى . أى بخلاف القاضى فإنه يتقيد بمجلس حكمه المعين من الإمام وبمحل ولايته ط (قوله كما فى عتق الأمة) وطلاق الزوجة فليست الدعوى شرط صحتها مطلقا بل كل شهادة حسبة كذلك . قال فى البحر : ولم يقولوا بعد دعوى لتخلفها عنها فى عتق الأمة وطلاق الزوجة فلم تكن الدعوى شرطا لصحتها مطلقا . وقول بعضهم إنها إخبار بحق الغير على الغير . بخلاف الإقرار فإنه إخبار بحق على نفسه للغير . والدعوى فإنها إخبار بحق لنفسه على الغير غير صحيح لعدم شموله لما إذا أخبر بما يوجب الفرقة من قبلها قبل الدخول فإنه شهادة ولم يوجد فيها ذلك المعنى كما أشار إليه فى إيضاح الإصلاح . وكأنه لاحظ أنه لم يخبر بحق للغير لأن ذلك موجب لسقوط المهر(١) وجوابه أن سقوطه عن الزوج عائدا إلى أنه له فهو كالشهادة بالإبراء عن الدين فإنه إخبار بحق للمديون وهو المسقوط عنه فكذا هنا وجعل الأخبار أربعة والرابع الإنكار وعزاه إلى شرح الطحاوى اه (قوله طلب ذى الحق) يشمل الحق تعالى فى شهادة الحسبة فإنه مطالب فيها بالأداء شرعا والآدميين فى حقوقهم . فيحرم كتمانها لقوله تعالى — ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه — فهو نهى عن الكتمان فيكون أمرا بضده حيث كان له ضد واحد . وهو آكد من الأمر بأدائها ولذا أسند الإثم إلى رئيس الأعضاء وهو الآلة التى وقع بها أداؤها لما عرف أن إسناد الفعل إلى محله أقوى من الإسناد إلى كله . واستدل فى الهداية بهذه الآية على فرضيتها مع احتمال أن يراد نهى المدينين عن كتمانها كما احتمل أن يراد نهى الشهود .

قال القاضى : ولا تكتموا الشهادة أيها الشهود أو المدينون . والشهادة شهادتهم على أنفسهم . فعلى الثانى المراد النهى عن كتمان الإقرار بالدين . فالأولى الاستدلال على فرضيتها بالإجماع واحتمل أن الضمير فى قول المؤلف تلزم عائد إلى الشهادة بمعنى تحملها لا بمعنى أدائها . فإن تحملها عند الطلب والتعين فرض(٢) وأما عند

---

(١) قال المقدسى : وما أورد من الشهادة على امرأة بما يوجب فرقة قبل الدخول وليس لإثبات حق فجوابه أن سقوط المهر من الزوج حق له كشهادة بإبراء من دين يثبت به حق المديون : أى سقوطه عنه انتهى .

(٢) (قوله فرض) كذا بالأصل . ولعله فرض عين بدليل مقابلة اه مصححه .

بأن لم يعلم بها ذو الحق وخاف فوته لزمه أن يشهد بلا طلب فتح .

(شرطها) أحد وعشرون شرطا : شرائط مكانها واحد وشرائط التحمل ثلاثة (العقل الكامل) وقت التحمل والبصر ومعاينة المشهود به إلا فيما يثبت بالتسامع .

(و) شرائط الأداء سبعة عشر عشرة عامة وسبعة خاصة :

عدم التعين ففرض كفاية كما فى البحر (قوله بأن لم يعلم بها ذو الحق) أى بشهادته (قوله وخاف) أى الشاهد فلا يجب عليه الشهادة بلا طلب فى حق آدمى إلا إذا لم يعلم بشهادته ذو الحق وخاف الشاهد إن لم يشهد ضاع حق المدعى فيجب عليه حينئذ إعلام المدعى بما يشهد ، فإن طلب وجب عليه أن يشهد وإلا لا . إذا يحتمل أنه ترك حقه، كما أفاده العلامة المقدسى (قوله شرائط مكانها واحد وهو مجلس القضاء) وهو من شروط الأداء كما فى البحر . والأولى أن يقول شرط مكانها ، ولعله إنما جمعه مع أنه واحد وهو مجلس القاضى للازدواج . أى التناسب بقوله وشرائط التحمل (قوله العقل الكامل) المراد ما يشمل التمييز بدليل ما سيأتى فى الباب الآتى فلا يصح تحملها من مجنون وصبى لا يعقل (قوله ووقت التحمل) قال الطحطاوى لا حاجة إليه (قوله والبصر) فلا يصح تحملها من أعمى . ولا يشترط للتحمل البلوغ والحرية والإسلام والعدالة . حتى لو كان وقت التحمل صبيا عاقلا أوعبدا أو كافرا أو فاسقا ثم بلغ الصبى وعتق العبد وأسلم الكافر وتاب الفاسق فشهدوا عند القاضى تقبل بحر .

أقول : ولا ينافيه ما نقله بعد عن الخانية : صبى احتلم لا أقبل شهادته ما لم أسأل عنه . ولا بد أن يتأنى بعد البلوغ بقدر ما يقع فى قلوب أهل مسجده ومحلته أنه صالح أو غيره اه فإن ذلك للتزكية فقط لا لرد شهادته تأمل (قوله ومعاينة المشهود به) قال فى البزازية : شهد أن فلانا ترك هذه الدار ميراثا ولم يدركا الميت فشهادتهما باطلة لأنهما شهدا بملك لم يعاينا سببه . وسيصرح بها الشارح فى شهادة الإرث (قوله إلا فيما يثبت بالتسامع) كالشهادة بالموت والنسب والنكاح والوقت كما يأتى (قوله عشرة عامة) أى فى جميع أنواع الشهادة ، أما العامة فهى الحرية والبصر والنطق والعدالة لكن هى شرط وجوب القبول على القاضى لا شرط جوازه ، وأن لا يكون محدودا فى قذف ، وأن لا يجر الشاهد إلى نفسه مغنما ولا يدفع عن نفسه مغرما . فلا تقبل شهادة الفرع لأصله وعكسه، وأحد الزوجين للآخر . وأن لا يكون خصما فلا تقبل شهادة الوصى لليتيم والوكيل لموكله ، وأن يكون عالما بالمشهود به وقت الأداء ذاكرا له . ولا يجوز اعتماده على خطه خلافا لهما فإنهما يقولان : إذا لم يكن للشاهد شبهة فى الخط يشهد وإن كان فى يد الخصم وعليه الفتوى اختيار .

وأما ما يخص بعضها دون بعض فالإسلام إن كان المشهود عليه مسلما والذكورة فى الشهادة فى الحد والقصاص وتقدم الدعوى فيما كان من حقوق العباد وموافقتها للدعوى . فإن خالفتها لم تقبل إلا إذا وفق المدعى عند إمكانه وقيام الرائحة فى الشهادة على شرب الخمر ولم يكن سكران لا لبعد مسافة(١) والأصالة فى الشهادة فى الحدود والقصاص ، وتعذر حضور الأصل فى الشهادة على الشهادة كذا فى البحر .

لكنه ذكر أولا أن شرائط الشهادة نوعان : ما هو شرط تحملها وما هو شرط أدائها فالأول ثلاثة وقد ذكرها الشارح ، والثانى أربعة أنواع : ما يرجع إلى الشاهد . وما يرجع للشهادة . وما يرجع إلى مكانها . وما يرجع إلى المشهود به ، وذكر أن ما يرجع إلى الشاهد السبعة عشر العامة والخاصة . وما يرجع إلى الشهادة

---

(١) (قوله ولم يكن سكران لا لبعد مسافة) هكذا بالأصل وليتأمل اه مصححه .

منها (الضبط والولاية) فيشترط الإسلام لو المدعى عليه مسلما (والقدرة على التمييز) بالسمع والبصر (بين المدعى والمدعى عليه) ومن الشرائط عدم قرابة ولاد أو زوجية أو عداوة دنيوية أو دفع مغرم أو جرّ مغنم كما سيجيء.

(وركنها لفظ أشهد) لاغير لتضمنه معنى مشاهدة وقسم وإخبار للحال فكأنه يقول أقسم بالله لقد اطلعت على ذلك وأنا أخبر به. وهذه المعانى مفقودة فى غيره فتعين. حتى لو زاد فيما أعلم بطل للشك.

ثلاثة: لفظ الشهادة والعدد فى الشهادة بما يطلع عليه الرجل واتفاق الشاهدين. وما يرجع إلى مكانها واحد وهو مجلس القضاء. وما يرجع إلى المشهود به علم من السبعة الخاصة.

ثم قال: فالحاصل أن شرائطها إحدى وعشرون فشرائط التحمل ثلاثة. وشرائط الأداء سبعة عشر: منها عشر شرائط عامة. ومنها سبع شرائط خاصة. وشرائط نفس الشهادة ثلاثة وشرائط مكانها واحد اه. ومقتضاه أن شرائط الأداء نوعان لا أربعة كما ذكر أولا. والصواب أن يقول إنها أربعة وعشرون: ثلاثة منها شرائط التحمل وإحدى وعشرون شرائط الأداء منها سبعة عشر. شرائط الشاهد وهي عشرة عامة وسبعة خاصة. ومنها ثلاث شرائط لنفس الشهادة. ومنها واحد شرط مكانها وبهذا يظهر لك ما فى كلام الشارح أيضا (قوله منها) أى العامة الضبط: أى ضبط الشاهد المشهود عليه. بأن يكون غير شاك. وأن يكون ذاكرا (قوله والولاية) أى تكون ولاية للشاهد على المشهود عليه. بأن يكون من أهل دينه أو ممن دينه حق حرا بالغا فلذا فرع عليه بقوله فيشترط الإسلام الخ (قوله لو المدعى عليه مسلما) أما لوكان كافرا فتقبل شهادة المسلم والكافر عليه (قوله والقدرة على التمييز) الأولى حذف القدرة لأن الشرط التمييز بالفعل (قوله بالسمع) هذا زائد على الشروط المذكورة (قوله ومن الشرائط) أى المتقدمة: أى العامة (قوله عدم قرابة ولاد) فلا تقبل شهادة الأصل لفرعه كعكسه (قوله أو زوجية) أى: وعدم الزوجية فلا تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر (قوله أو عداوة دنيوية) أى وعدم عداوة دنيوية. أما الدينية فلا تمنع الشهادة (قوله لفظ أشهد) بلفظ المضارع. فلو قال شهدت لايجوز لأن الماضى موضوع للإخبار عما وقع فيكون غير مخبر فى الحال من (قوله لا غير) أى لاغيره من الألفاظ كأعلم وأتحقق وأتيقن (قوله لتضمنه) أى باعتبار الاشتقاق معنى مشاهدة وهى الاطلاع على الشيء عيانا سيدى. قال ط: دخل فى ذلك الشهادة بالتسامع فإنها عن مشاهدة حكما أو أنها خارجة عن القياس اه وقدمنا بيانه كافيا (قوله وقسم) لأنه قد استعمل فى القسم نحو أشهد بالله لقد كان كذا أى أقسم. وقد مر فى الأيمان (قوله وإخبار للحال) بخلاف لفظ الماضى فإنه موضوع للإخبار عما وقع كما قدمنا (قوله فكأنه يقول أقسم بالله) هذا راجع إلى قوله وقسم (قوله لقد اطلعت على ذلك) هذا راجع إلى قوله لتضمنه معنى مشاهدة (قوله وأنا أخبر به) هذا راجع إلى قوله وإخبار للحال. والحاصل أن فى كلامه نشرا على غير ترتيب اللف (قوله فتعين) فلذا اقتصر عليه احتياطا واتباعا للمأثور. ولا يخلو عن معنى التعبد إذلم ينقل غيره بحر (قوله حتى لو زاد فيما أعلم بطل للشك) لأنه يشترط أن لايأتى بما يدل على الشك بعد. فلو قال أشهد بكذا فيما أعلم لم تقبل كما لو قال فى ظنى. بخلاف ما لو قال أشهد بكذا قد علمت. ولو قال لاحق لى قبل فلان فيما أعلم لا يصح الإبراء، ولو قال لفلان علىّ ألف درهم فيما أعلم لا يصح الإقرار ولو قال المعدل: هو عدل فيما أعلم لا يكون تعديلا بحر.

[فرع] قال المقدسى: ولابد من علمه بما يشهد به. وفى النوازل: شهد أن المتوفى أخذ من هذا المدعى منديلا فيه دراهم ولم يعلما كم وزنها تجوز شهادتهما. وهل لهما أن يشهدا بالمقدار. وقال: إن كانوا وقفوا على

(وحكمها وجوب الحكم على القاضى بموجبها بعد التزكية) بمعنى افترضه فورا إلا فى ثلاث قدمناها (فلو امتنع) بعد وجود شرائطها (أثم) لتركه الفرض (واستحق العزل) لفسقه (وعزر) لارتكابه ما لا يجوز شرعا زيلعى (وكفر إن لم ير الوجوب) أى إن لم يعتقد افتراضه عليه ابن ملك ، وأطلق الكافيجى كفره واستظهر المصنف الأول .

(ويجب) أداؤها (بالطلب) ولو حكما كما مر ، ولكن وجوبه بشروط سبعة مبسوطة فى البحر وغيره

تلك الصرة وفهموا أنها دراهم وحرروا فيما يقع عليه يقينهم من مقدارها شهدوا بذلك . وينبغى أن يعتبرا جودتها فقد تكون ستوقة فإذا فعلوا ذلك جازت شهادتهم اه .

وفى خزانة الأكمل بيده درهمان كبير وصغير فأقر بأحدهما لرجل فشهدا أنه أقر بأحدهما ولا يدرى بأيهما أقر يؤمر بتسليم الصغير اه (قوله وحكمها) أى صفتها لما تقدم فى أول كتاب القضاء أن من معانى الحكم الأثر الثابت بالخطاب كالوجوب والحرمة فيكون المعنى هنا وصفتها (قوله وجوب الحكم) أى القضاء (قوله بموجبها) بفتح الجيم : أى بما تعلق بها ، إذ الموجب عبارة عن المعنى المتعلق بما أضيف إليه فى ظن القاضى ، فالذى أضيف إليه الموجب الشهادة ، والمعنى المتعلق بها إلزام الخصم بالمشهود به (قوله بعد التزكية) اشتراط التزكية قولهما وهو المفتى به ط عن الشرنبلالية (قوله افتراضه) أى القضاء (قوله إلا فى ثلاث قدمناها) أى قبيل باب التحكيم ، وهى رجاء الصلح بين الأقارب ، وإذا استمهل المدعى وخوف ريبة عند القاضى (قوله بعد وجود شرائطها) أى المتقدمة (قوله إن لم ير الوجوب) نقله فى أول قضاء البحر عن شرح الكنز لباكير (قوله ابن ملك) فى شرح المجمع فى مبحث القضاء بشهادة الزور (قوله وأطلق الكافيجى كفره)فى رسالته سيف القضاة على البغاة حيث قال : حتى لو أخر الحكم بلا عذر عمدا قالوا إنه يكفر كذا فى المنح (قوله واستظهر المصنف الأول) لما تقدم فى باب الردة من الاعتماد على عدم تكفير المسلم ولو بالرواية الضعيفة (قوله ويجب أداؤها) أى عينا (قوله بالطلب) أى طلب المدعى (قوله ولو حكما كما مر) أى من أنه لو خاف فوت الحق والطالب لا يعلم بها لزمه أن يشهد بلا طلب. قال فى البحر : وإنما قلنا أو حكما ليدخل من عنده شهادة لا يعلم بها صاحب الحق وخاف فوت الحق فإنه يجب عليه أن يشهد بلاطلب كما فى فتح القدير لكونه طالبا لأدائه حكما اه لكن نظر فيه المقدسى بأن الواجب فى هذا إعلام المدعى بما يشهد ، فإن طلب وجب عليه أن يشهد وإلا لا إذ يحتمل أنه ترك حقه كما قدمناه (قوله بشروط سبعة) ذكر منها خمسة : منها أن يتعين عليه الأداء وهو المشار إليه بقوله إن لم يوجد بدله ، فإن لم يتعين بأن كانوا جماعة فأدى غيره ممن تقبل شهادته فقبلت لم يأثم ، بخلاف ما إذا أدى غيره فلم يقبل فإن من لم يؤد ممن يقبل يأثم بامتناعه .

السادس أن لا يخبره عدلان ببطلان المشهود به ، فلو شهد عند الشاهد عدلان أن المدعى قبض دينه أو أن الزوج طلقها ثلاثا أو أن المشترى أعتق العبد أو أن الولى عفا عن القاتل لا يسعه أن يشهد بالدين والنكاح والبيع والقتل ، وإن لم يكن المخبر عدلا فالخيار للشهود ، إن شاءوا شهدوا بالدين مثلا وأخبروا القاضى بخبر المخبرين وإن شاءوا امتنعوا عن الشهادة ، وإن كان المخبر عدلا واحدا لايسعه ترك الشهادة ، وكذا لوعاينا واحدا يتصرف فى شىء تصرف الملاك وشهد عدلان عندهما إن هذا الشىء لفلان آخر لا يشهدان أنه للمتصرف ، بخلاف أخبار العدل الواحد .

وفى البزازية فى الشهادة بالتسامع إذ شهد عندك عدلان بخلاف ما سمعته ممن وقع فى قلبك صدقه لم يسعك

منها عدالة قاض وقرب مكانه وعلمه بقبوله أو بكونه أسرع قبولا وطلب المدعى (لو فى حق العبد إن لم يوجد بدله) أى بدل الشاهد لأنها فرض كفاية تتعين لو لم يكن إلا شاهدان لتحمل أو أداء

الشهادة إلا إذا علمت يقينا أنهما كاذبان ، وإن شهد عندك عدل لك أن تشهد بما سمعت إلا أن يقع فى قلبك صدقه وينبغى ذلك جميعه فى كل شهادة اه بالمعنى .

السابع أن لا يقف الشاهد على أن المقر أقر خوفا ، فإن علم بذلك لا يشهد ، فإن قال المقر أقررت خوفا وكان المقر له سلطانا وكان المقر فى يد عون من أعوان السلطان ولم يعلم الشاهد بخوفه شهد عند القاضى وأخبره أنه كان فى يد عون من أعوان السلطان اه ط قال سيدى الوالد معزيا للجوهرة ، وكذا إذا خاف الشاهد على نفسه من سلطان جائر أو غيره أو لم يتذكر الشهادة على وجهها وسعه الامتناع اه .

مطلب للشاهد أن يمتنع من أدائها عند غير العدل

(قوله منها عدالة قاض) فله أن يمتنع من الأداء عند غير المعدل لأنه ربما لايقبل ويجرح ولو غلب على ظنه أنه يقبله لشهرته مثلا ينبغى أن يتعين عليه الأداء ، وكذا المعدل لو سئل عن الشاهد فأخبر بأنه غير عدل لايجب عليه أن يعدله عنده بحر .

مطلب إذا كان موضع القاضى بعيدا من موضع الشاهد بحيث لا يغدو ويرجع فى يوم لايأثم بعدم الأداء

(قوله وقرب مكانه) أى أن يكون موضع الشاهد قريبا من موضع القاضى ، فإن كان بعيدا بحيث لايمكنه أن يغدو إلى القاضى لأداء الشهادة ويرجع إلى أهله فى يومه ذلك ، قالوا لايأثم لأنه يلحقه الضرر بذلك وقال تعالى — ولا يضار كاتب ولا شهيد — (قوله وعلمه بقبوله) فلو علم أنه لايقبلها لايلزمه بحر . قال الحموى : فلو شك ينظر حكمه (قوله أو بكونه أسرع قبولا) أى فيجب الأداء وإن كان هناك من تقبل شهادته فتح ، وفيه تأمل مقدسى ، وكأنه لعدم ظهور وجه الوجوب حيث كان هناك من يقوم به الحق ط عن الحموى .

أقول : لكنه بحثه فى مقابلة المنقول ، فقد ذكر المسألة فى شرح الوهبانية عن الخانية (قوله إن لم يوجد بدله) أى بدل الشاهد وهذا هو خامس الشروط . وأما الاثنان الباقيان تتمة السبعة فقد قدمناهما آنفا ، وهما أن لايعلم بطلان المشهود به ، وأن لايعلم أن المقر أقر خوفا الخ وأل فى الشاهد للجنس فيصدق بالواحد والمتعدد .

مطلب لو لزم الشاهد الأداء ولم يؤد ثم أدى الشهادة

ولو لزم الشاهد الأداء بالشروط المذكورة فلم يؤد بلا عذر ظاهر ثم أدى . قال شيخ الإسلام . لاتقبل لتمكن الشبهة فإنه يحتمل أن تأخيره كان لإستجلاب الأجرة . قال الكمال : والوجه القبول ، ويحمل على العذر من نسيان ثم تذكر أو غيره اه .

قال العلامة عبد البر : وعندى أن الوجه ماقاله شيخ الإسلام لاسيما وقد فسد الزمان وعلم من حال الشهود التوقف بمقتضى القوة ، وهذا مطلق عن مسائل الفروج ، والظاهر أن هذا مطرد فى كل حرفة لايتوجه فيها تأويل اه (قوله لأنها فرض كفاية) أى إذا قام بها البعض الكافى سقط عن الباقين (قوله تتعين لو لم يكن إلا شاهدان لتحمل أو أداء) قال الإمام الرازى فى أحكام القرآن فى قوله تعالى — ولا يأب الشهداء إذا مادعوا — إنه

وكذا الكاتب إذا تعين لكن له أخذ الأجرة لا للشاهد حتى لو أركبه بلا عذر لم تقبل وبه تقبل لحديث « أكرموا الشهود » وجوّز الثانى الأكل مطلقا وبه يفتى بحر وأقره المصنف

عام فى التحمل والأداء لكن فى التحمّل على المتعاقدين الحضور إليهما للإشهاد ولا يلزم الشاهدين الحضور إليهما ، وفى الأداء يلزمهما الحضور إلى القاضى لأن القاضى يأتى إليهما ليؤديا . ويستحب الإشهاد فى العقود إلا فى النكاح فإنه يجب عندنا ، وكذا فى الرجعة عند الشافعى وأحمد .

قال فى البحر : وفى الملتقط الإشهاد على المداينة والبيوع فرض كذا رواه نصير . وذكر الإمام الرازى فى أحكام القرآن أن الإشهاد على المبايعات والمداينات مندوب إلا النزر اليسير كالخبز والماء والبقل ، وأطلقه جماعة من السلف حتى فى البقل اه . قال فى التتارخانية عن المحيط : وذكر فى فتاوى أهل سمرقند أن الإشهاد على المداينة والبيع فرض على العباد إلا إذا كان شيئا حقيرا لا يخاف عليه التلف ، وبعض المشايخ على أن الإشهاد مندوب وليس بفرض اه .

وفى البزازية لا بأس للرجل أن يتحرز عن تحمل الشهادة ، ولو طلب منه أن يكتب شهادته أو يشهد على عقد أو طلب منه الأداء ، إن كان يجد غيره فله الإمتناع وإلا فلا انتهى ، وحينئذ فالتحمل فى الآية الكريمة محمول على ما إذا لم يوجد غيره وإلا فالأولى الامتناع كما ذكرنا (قوله وكذا الكاتب إذا تعين) صرح الإمام الرازى فى أحكام القرآن بأن عليهما الكتابة إذا لم يوجد غيرهما إذا كان الحق مؤجلا وإلا فلا اه بحر (قوله لكن له أخذ الأجرة لا للشاهد) فى المجتبى عن الفضلى : تحمل الشهادة فرض على الكفاية كأدائها وإلا لضاعت الحقوق ، وعلى هذا الكاتب إلا أنه يجوز له أخذ الأجرة على الكتابة دون الشهادة فيمن تعينت عليه بإجماع الفقهاء ، وكذا من لم تتعين عليه عندنا ، وهو قول للشافعى . وفى قول يجوز لعدم تعينه عليه اه شلبى اه ط لكن ينظر مع ما تقدم من قوله كل ما يجب على القاضى والمفتى لا يحل لهما أخذ الأجر به ، وليس خاصا بهما بدليل ما ذكروه من أن غاسل الأموات إذا تعين لا يحل له أخذ الأجر تأمل أفاده سيدى الوالد رحمه الله تعالى (قوله حتى لو أركبه بلا عذر) بأن كان يقدر على المشى أو مال يستأجر به دابة وأركبه من عنده (قوله وبه) أى بالعذر ، بأن كان شيخا لا يقدر على المشى ولا يجد ما يستأجر به دابة ، وهذ التفصيل لصاحب النوازل ط (قوله لحديث أكرموا الشهود) تمامه « فإن الله تعالى يستخرج بهم الحقوق ويدفع بهم الظلم » رواه الخطيب وابن عساكر عن ابن عباس (قوله وجوّز الثانى الأكل مطلقا) أى سواء صنعه لأجلهم أولا ، ومنعه محمد مطلقا ، وبعضهم فصل .

قال فى البحر : الشهود فى الرستاق واحتيج إلى أداء شهادتهم هل يلزمهم كراء الدواب قال لا رواية فيه ولكن سمعت من المشايخ أنه يلزمهم .

وفى فتح القدير ولو وضع : للشهود طعاما فأكلوا إن كان مهيأ من قبل ذلك تقبل وإن صنعه لأجلهم لا تقبل ، وعن محمد لا تقبل فيهما . وعن أبى يوسف تقبل فيهما للعادة الجارية بإطعام من حل محل الإنسان ممن يعز عليه شاهدا أولا ، ويؤنسه ما تقدم من أن الإهداء إذا كان بلا شرط ليقضى حاجته عند الأمير يجوز كذا قيل ، وفيه نظر فإن الأداء فرض بخلاف الذهاب إلى الأمير اه وجزم فى الملتقط بالقبول مطلقا اه (قوله وبه يفتى بحر) نقله عن ابن وهبان فى شرحه لمنظومته . قال شارحها العلامة عبد البر بن الشحنة نقلا عن مختصر المحيط للخبازى : أخرج الشهود إلى ضيعة إشتراها فاستأجر لهم دواب ليركبوها إن لم يكن لهم قوة المشى ولا طاقة الكراء تقبل شهادتهم وإلا فلا ، فإن أكل طعاما للمشهود له لا ترد شهادته . وقال الفقيه أبو الليث : الجواب فى الركوب

(و) يجب الأداء (بلا طلب لو) الشهادة(فى حقوق الله تعالى) وهى كثيرة عد منها فى الأشباه أربعة عشر . قال : ومتى أخر شاهد الحسبة شهادته بلا عذر فسق فترد

ماقال ، أما فى الطعام إن لم يكن المشهود له هيأ طعامه للشاهد. بل كان عنده طعام فقدمه إليهم وأكلوه لاترد شهادتهم وإن هيأ لهم طعاما فأكاوه لاتقبل شهادتهم هذا إذا فعل ذلك لأداء الشهادة ، فإن لم يكن كذلك لكنه جمع الناس للإستشهاد وهيأ لهم طعاما أو بعث لهم دواب وأخرجهم من المصر فركبوا وأكاوا طعامه اختلفوا فيه قال الثانى فى الركوب لاتقبل شهادتهم بعد ذلك وتقبل فى أكل الطعام. وقال محمدلاتقبل فيهما ، والفتوى على قول الثانى لجرى العادة به سيما فى الأنكحة ونثر السكر والدراهم ولو كان قادحا فى الشهادة لما فعلوه كذا فى الفخرية اه (قوله ويجب الأداء) أى يفترض إما كفاية أو عينا (قوله لو الشهادة فى حقوق الله تعالى) وجه قبول الشهادة بلا طلب فيما ذكر أنها حق الله تعالى وحق الله تعالى يجب على كل أحد القيام بإثباته والشاهد من جملة من عليه ذلك فكان قائما بالخصومة من جهة الوجوب وشاهدا من جهة تحمل ذلك فلم يحتج إلى خصم آخر اه وبعضهم جعل القائم بالخصومة القاضى ط (قوله أربعة عشر) ذكر منها طلاق المرأة وعتق الأمة وتدبيرها ومنها الوقف . قال قاضيخان : ينبغى أن يكون الجواب على التفصيل إذا كان الوقف على قوم بأعيانهم لاتقبل البينة عليه بدون الدعوى عند الكل وإن كان على الفقراء أو على المسجد لاتقبل عنده بدون الدعوى ، وتقبل عندهما بدونها ، وبه أفتى أبو الفضل الكرمانى وهو المختار عمادية . ومنها هلال رمضان . قال قاضيخان : الذى ينبغى أنه لاتشترط الدعوى فيه كما لاتشترط فى عتق الأمة وطلاق الحرة .

وفى العمادية عن فتاوى رشيد الدين : الشهادة بهلال عيد الفطر لاتقبل بدون الدعوى . وفى الأضحى اختلاف المشايخ قاسه بعضهم على هلال رمضان ، وبعضهم على هلال الفطر . ومنها الحدود غير حد القذف والسرقة . ومنها النسب وفيه خلاف . حكى صاحب المحيط القبول من غير دعوى لأنه يتضمن حرمات كلها لله تعالى حرمة الفرج وحرمة الأمومة والأبوة ، وقيل لاتقبل من غير خصم . ومنها الخلع فإن الشهادة عليه بدون دعوى المرأة مقبولة اتفاقا ويسقط المهر عن ذمة الزوج ، ودخول المال فى هذه الشهادة تبع . ومنها الإيلاء والظهار والمصاهرة ويشترط أن يكون المشهود عليه حاضرا . ومنها الحرية الأصلية عندهما . والصحيح إشتراط الدعوى فى ذلك عند الإمام كما فى العتق العارض . ومنها النكاح فإنه يثبت بلا دعوى كالطلاق لأن حل الفرج والحرمة حق الله تعالى ومنها عتق العبد عندهما لأن الغالب عندهما فيه حق الله تعالى لأن الحرية يتعلق بها حقوق الله تعالى من وجوب الزكاة والجمعة وغيرهما كالعيد والحج والحدود ولذا لم يجز استرقاق العبد برضاه لما فيه من إبطال حق الله تعالى . وقال الإمام : لابد فى عتقه من دعوى والغالب فيه حق العبد لأن نفع الحرية عائد إليه من مالكيته وخلاصه من كونه مبتذلا كالمال وقد تمت الأربع عشرة مسألة ، وقوله عد منها الخ يفيد أن هناك مسائل أخر هو كذلك وهى التى ذكرها بعد ، وقد أعاد صاحب الأشباه ذكر شهادة الحسبة بعد فعد حد الزنا وحد الشرب مسألتين وزاد الشهادة على دعوى مولى العبد نسبه اه ط .

قال سيدى الوالد : قلت ويزاد الشهادة بالرضاع كما مشى عليه المصنف فى بابه وتقدم فى الوقف (قوله بلا عذر فسق فترد) نصوا عليه فى الحدود وطلاق الزوجة وعتق الأمة ، وظاهر ماف القنية : أنه فى الكل وهو فى الظهيرية واليتيمة اه أشباه .

وفى البحر عن القنية : أجاب بعض المشايخ فى شهود شهدوا بالحرمة المغلظة بعد ماأخروا شهادتهم خمسة أيام

(كطلاق امرأة) أى بائنا (وعتق أمة) وتدبيرها، وكذا عتق عبد

من غير عذر أنها لاتقبل إن كانوا عالمين بأنهما يعيشان عيش الأزواج . ثم نقل عن العلاء الحمامى والخطيب الأنماطى وكمال الأئمة البياعى : شهدوا بعد ستة أشهر بإقرار الزوج بالطلقات الثلاث لايقبل إذا كانوا عالمين بعيشهم عيش الأزواج ، وكثير من المشايخ أجابوا كذلك فى جنس هذا ، وتمامه فيه وفى الحموى : وقيل المدار فى التأخير على التمكن من الشهادة عند القاضى وهل ذلك خاص بالفروج أولا .

قال فى البزازية : إذا طلب المدعى الشاهد لأداء الشهادة فأخر من غير عذر ظاهر لاتقبل اه فإطلاقه يفيد عدم القبول مطلقا وهو الذى اعتمده ابن الشحنة اه ملخصا . وأفتى فى تنقيح الحامدية بأنه متى أخر خمسة أيام من غير عذر إن كانوا عالمين بأنهما يعيشان عيش الأزواج فإنها لاتقبل وعزاه لمعين المفتى وجامع الفتاوى .

أقول : قد علمت أن ذكر خمسة أيام أو ستة أشهر ليس بقيد ، بل المراد التمكن من الشهادة عند القاضى وهو مطلق عن مسائل الفروج ، بل هو مطرد فى كل حرمة لايوجد فيها تأويل كما أفاده الحموى (قوله كطلاق امرأة) حرة أو أمة وقيد القبول فى النهاية بما إذا كان الزوج حاضرا ، أما إذا كان غائبا فلا . قال العلامة عبدالبر : وكذا يشترط حضور المولى فى صورة الأمة ، ولكن لايشترط حضور المرأة ولا الأمة على المشهور وتقبل وإن أنكر الزوجان ط ، ومثله فى العمادية والفصولين والبزازية .

قال فى الذخيرة : إذا غاب الرجل عن امرأته فأخبرها عدل أن زوجها طلقها ثلاثا أو مات عنها فلها أن تعتد وتتزوج بزوج آخر وكذا إن كان المخبر فاسقا لأن هذا من باب الديانة فيثبت بخبر الواحد بخلاف النكاح والنسب اه أقول : لكنه فى التنقيح ذكر العدل دون الفاسق .

قال فى الفصولين : ولو أخبرها فاسق تحرت وهذا عند المعاينة أو المشاهدة لموته أو جنازته ، ويأتى تمامه إن شاء الله تعالى (قوله أى بائنا) هذا القيد لم يذكره فى التنقيح بل أطلق الطلاق ، وكذلك أطلقه فى الأشباه ولم يقيده بالبائن وكذا محشوها ، لكن قال ط والتقييد به ظاهر ، لأنه إذا طلقها رجعيا لاينكر بعده معيشتهم معيشة الأزواج لأنه يعد مراجعا لها (قوله وعتق أمة) أى عند الكل لأنها شهادة بحرمة الفرج وهى حق الله تعالى ، وهل يحلف حسبة فى طلاق المرأة وعتق الأمة ؟ أشار محمد فى باب التحرى أنه يحلف كذا فى شرح القدورى . وذكر السرخسى فى مقدمة باب السلسلة أنه لايحلف فتأمله عند الفتوى كذا ذكره ابن الشحنة ط (قوله وتدبيرها) جعل ابن وهبان القبول يختلف بالنسبة إلى الأمة والعبد كما فى عتقهما فتقبل فى الأمة عند الكل ، وفى العبد يجرى الخلاف لأن التدبير فيها يتضمن حرمة فرجها على الورثة بعد موت السيد ط (قوله وكذا عتق عبد) أى عندهما خلافا له ، فإن دعواه شرط عنده ، كما إذا شهد شاهدان على رجل بعتق عبده والعبد والمولى ينكران ذلك لاتقبل الشهادة عند الإمام . وقالا تقبل .

وفى الحقائق قد تتحقق الدعوى حكما بأن يقطع العبد يد حر فقال الحر أعتقك مولاك قبل الجناية ولى عاقلتك القصاص فأنكر العبد والمولى ذلك تقبل بينته ويقضى بعتقه لأن دعوى المجنى عليه العتق قائم مقام دعوى العبد حكما .

ثم اعلم أن الشهادة بلا دعوى أحد مقبولة فى حقوق الله تعالى لأن القاضى يكون نائبا عن الله تعالى فتكون شهادة على خصم فتقبل وغير مقبولة فى حقوق العبد وهذا أصل متفق عليه ، لكن الغالب عندهما فى عتق العبد حق الله تعالى لأن سبب المالكية وهي الحرية يتعلق بها حقوق الله تعالى من وجوب الزكاة والجمعة وغيرهما

وتدبيره شرح وهبانية ، وكذا الرضاع كما مر في بابه ، وهل يقبل جرح الشاهد حسبة ، الظاهر نعم لكونه حقا لله تعالى أشباه فبلغت ثمانية عشر ،وليس لنا مدعى حسبة إلا فى الوقف على المرجوح فليحفظ (وسترها فى الحدود أبر) لحديث « من ستر ستر »فالأولى الكتمان إلا لمتهتك بحر

يعنى كالعيد والحج والحدود ولذا لم يجز استرقاق الحر برضاه لما فيه من إبطال حق الله تعالى فتقبل بدون الدعوى والغالب عنده حق العبد ، لأن نفع الحرية عائدا إليه من مالكيته وخلاصه من كونه مبتذلا كالمال فلا تقبل بدون الدعوى كما فى شرح المجمع لابن ملك (قوله وتدبيره) قد علمت أنه على الخلاف كما ذكره ابن وهبان ، ولا فرق عند الإمام بين أن يشهدوا بالعتق أو بالحرية الأصلية والشارح مشى على قولهما وتبع الشرنبلالى فى عدم الفرق بين الحرية الأصلية والعارضة (قوله وهل يقبل جرح الشاهد حسبة) الجرح بفتح الجيم بمعنى تجريح ، ثم قوله حسبة يحتمل أنه حال من جرح ، يعنى أن المجرح يفعل ذلك حسبة ، ويحتمل أنه حال من المشاهد ذكره بعضهم ط والأول أظهر. قال الحلبى حسبة متعلق بالجرح لا بالشاهد (قوله فبلغت ثمانية عشر) أى بزيادة عتق العبد وتدبيره والرضاع والجرح . وأما طلاق المرأة وعتق الأمة وتدبيرها فمن الأربعة عشر . قال ط : وفيه أن عتق العبد من جملة الأربعة عشر اه .

أقول : لم يزد على ما فى الأشباه غير عتق العبد وتدبيره والرضاع وهى داخلة فى الأربعة عشر ، فعتق العبد وتدبيره داخل فى عتق الأمة ، وتدبيرها على قولهما والرضاع داخل فى حرمة المصاهرة تأمل (قوله وليس لنا مدعى حسبة) الأولى مدع حسبة بحذف ياء مدعى (قوله إلا فى الوقف) يعنى إذا ادعى الموقوف عليه أصل الوقف تسمع عند البعض ، والمفتى به عدم سماعها إلا من المتولى كما تقدم فى الوقف. قال ط : فإذا كان الموقوف عليه لا تسمع دعواه فالأجنبى بالأولى أشباه اه .

أقول : لكن فى فتاوى الحانوتى أن الحق أن الوقف إذا كان على معين تسمع منه اه فتأمل، لكن قيده سيدى الوالد فى تنقيحه بأن تكون بإذن قاض على ما عليه الفتوى (قوله وسترها فى الحدود) أى كتمانها .قال فى الهداية : والشهادة يخير فيها الشاهد فى الستر والإظهار لأنه بين حسبتين إقامة الحد والتوقى عن الهتك والستر أفضل اه .

قال الكاكى : والحسبة ما ينتظر به الأجر فى الآخرة . وفى الصحاح احتسب بكذا أجرا عند الله تعالى والاسم الحسبة بالكسر والجمع الحسب اه (قوله أبر) أفاد أن عدمه(١) جائز إقامة للحسبة لما فيه من إزالة الفساد أو تقليله فكان حسنا ، ولا يعارضه قوله تعالى — إن الذين يحبون أن تشيع الفاحشة فى الذين آمنوا — الآية ، لأن ظاهرها أنهم يحبون ذلك لأجل إيمانهم وذلك صفة الكافر، ولأن مقصود الشاهد ارتفاعها لا إشاعتها وكذا لا يعارض أفضلية الستر آية النهى عن كتمانها لأنها فى حقوق العباد بدليل قوله تعالى — ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا — إذ الحدود لا مدعى فيها . ورد قول من قال إنها فى الديون بأن العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب كما ذكره الرازى ، أو لأنه عام مخصوص بأحاديث الستر التى بلغت مبلغا لا ينحط عن درجة الشهرة لتعدد متونها مع قبول الأمة لها أو هى مستند الإجماع على تخيير الشاهد فى الحدود كما يفهم من البحر ، وتمام الكلام على ذلك فيه فراجعه فإنه مهم (قوله ولحديث من ستر ستر) الذى فى الفتح « من ستر على مسلم ستره الله تعالى » وأفاد أنه فى الصحيحين (قوله إلا لمتهتك بحر) وفيه عن الفتح . وإذا كان الستر مندوبا إليه ينبغى أن تكون الشهادة به خلاف الأولى التى مرجعها إلى كراهة التنزيه لأنها فى رتبة الندب فى جانب الفعل وكراهة

---

(١) أى عدم الستر وهو الشهادة اه منه

(و) الأولى أن (يقول) الشاهد (فى السرقة أخذ) إحياء للحق (لاسرق) رعاية للستر .
(ونصابها للزنا أربعة رجال)

التنزيه فى جانب الترك ، وهذا يجب أن يكون بالنسبة إلى من لم يعتد الزنا ولم يتهتك به ، أما إذا وصل الحال إلى إشاعته والتهتك به ، بل بعضهم ربما افتخر به فيجب كون الشهادة أولى من تركها لأن مطلوب الشارع إخلاء الأرض من المعاصى والفواحش بالخطابات المفيدة لذلك وذلك يتحقق بالتوبة من الغافلين وبالزجر لهم ، فإذا ظهر حال الشهرة فى الزنا مثلا والشرب وعدم المبالاة به وإشاعته ، فإخلاء الأرض المطلوب حينئذ بالتوبة احتمال يقابله ظهور عدمها ممن اتصف بذلك فيجب تحقيق السبب الآخر للإخلاء وهو الحدود ، خلاف من زنى مرة أو مرارا مستترا متخوفا متندما عليه فإنه محل استحباب ستر الشاهد وقوله عليه الصلاة والسلام لهزال فى ماعز « لو كنت سترته بثوبك » الحديث ، وذكره فى غير مجلس القاضى بمنزلة الغيبة يحرم منه ما يحرم منها ويحل منه ما يحل منها اه (قوله والأولى الخ) هذا كالإستدراك على قوله أبر ، لأنه ربما يفيد عدم التعرض بالشهادة فى السرقة أصلا ويلزم منه ضياع حق الغير ، فاستثنى السرقة وأثبت لها حكما خاصا ، وهو أنه يأتى بلفظ يفيد الضمان من غير قطع . قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى : وفيه إشارة إلى أن المراد ستر أسباب الحدود اه وبه ظهر الجواب (قوله أخذ) الأخذ أعم من كونه غصبا أو على ادعاء أنه ملكه مودعا عند المأخوذ منه وغير ذلك فلا تستلزم الشهادة بالأخذ مطلقا ثبوت الحد بها كمال ، لكن قد يقال مع هذا الاحتمال لا إحياء للحق فيه ط .

قال فى البحر : ولا يقول سرق محافظة على الستر ، ولأنه لو ظهرت السرقة لوجب القطع والضمان لا يجامع القطع فلا يحصل إحياء حقه ، وصرح فى غاية البيان بأن قوله أخذ أولى من سرق ، وعلى هذا فيحمل قول القدورى وجب أن يقول أخذ على معنى ثبت لا الوجوب الفقهى ، وقوله فى العناية فتعين ذلك مع قوله لايجوز أى أن يقول سرق تسامح ، وإنما الكلام فى الأفضل وكل منهما جائز اه .

[وفيه لطيفة] حكى الفخر الرازى فى التفسير أن هارون الرشيد كان مع جماعة الفقهاء وفيهم أبو يوسف فادعى رجل على آخر بأنه أخذ ماله من بيته فأقر بالأخذ فسأل الفقهاء فأفتوا بقطع يده ، فقال أبو يوسف لا لأنه لم يقر بالسرقة وإنما أقر بالأخذ ، فادعى المدعى أنه سرق فأقر بها فأفتوا بالقطع ، وخالفهم أبو يوسف فقالوا له : لم قال لأنه لما أقر أولا بالأخذ ثبت الضمان عليه وسقط القطع فلا يقبل إقراره بعده بما يسقط الضمان عنه فعجبوا اه . قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى : هذا ظاهر فى أنه إذا ادعى أنه أخذ مالى أو دابتى تسمع ، وإن لم يبين وجه الأخذ اه (قوله ونصابها) أى ما تنصب عليه أى تتوقف عليه . قال ابن الكمال : ولم يقل وشرطها أى كما قال فى الكنز لما سيأتى أن المرأة ليست بشرط فى الولادة وأختيها (قوله للزنا أربعة) وذلك يشير إلى ندب الستر لأنه قلما يشهد به أربعة بصفته الموجبة ، والدليل قوله تعالى — فاستشهدوا عليهن أربعة منكم — وقوله — ثم لم يأتوا بأربعة شهداء — فلا يجوز بالأقل ونحن وإن لم نقل بالمفهوم فالإجماع عليه ، وقدم الاستدلال بالآيتين على قوله تعالى — استشهدوا شهيدين من رجالكم — لأن الأول مانع والثانى مبيح والمانع مقدم ، والدليل وإن كان فى النساء مثبت فى حق الرجال للمساواة ط أخذا من البحر بالمعنى عن فتح القدير .

قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى : عبارة فتح القدير وأن النص أوجب أربعة رجال بقوله تعالى — أربعة منكم — فقبول امرأتين مع ثلاثة مخالف لما نص عليه من العدد والمعدود ، وغاية الأمر المعارضة بين

ليس منهم ابن زوجها ، ولو علق عتقه بالزنا وقع برجلين ولاحد ، ولو شهدا بعتقه ثم أربعة بزناه محصنا فأعتقه القاضى ثم رجم ثم رجع الكل ضمن الأولان قيمته لمولاه والأربعة ديته له أيضا لو وارثه (ولبقية الحدود والقود و) منه (إسلام كافر ذكر) لمآلها لقتله بخلاف الأنثى بحر

عموم قوله تعالى — فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرتان — وبين هذه فتقدم هذه لأنها مانعة وتلك مبيحة اه ، ولا يخفى عليك ما فى كلامه من المخالفة والإيهام تأمل . قال فى البحر : وقدمنا فى الحدود أنه يجوز كون الزوج أحدهم إلا فى مسألتين أن يقذفها الزوج أولا ثم يشهد مع ثلاثة وأن يشهد معهم على زناها بابنه مطاوعة اه (قوله ليس منهم ابن زوجها) أى إذا كان الأب مدعيا أو أم الابن حية ، أما إذا فقد فيجوز قال فى البحر : اعلم أنه يجوز أن يكون من الأربعة ابن زوجها . ١

وحاصل ما ذكره المحيط البرهانى أن الرجل إذا كان له امرأتان ولإحداهما خمسة بنين شهد أربعة منهم على أخيهم أنه زنى بامرأة أبيهم تقبل إلا إذا كان الأب مدعيا أو كانت أمهم حية اه والمنع فى كون الأب مدعيا لعله مقيد بما إذا كان بعد قذفه لها لأنه يدفع بشهادته عن أبيه اللعان ، وفى كون أمهم حية للعداوة الدنيوية عادة (قوله ولو علق عتقه بالزنا) أى بزنا نفس المولى (قوله ولاحد) أى على المولى ويستحلف إذا أنكره للعتق .

قال فى البحر : ثم اعلم أن العتق المعلق بالزنا يقع بشهادة رجلين وإن لم يحد المولى ، ويستحلف المولى إذا أنكره للعتق ، وفيه خلاف ذكره فى الخانية وأدب القضاء للخصاف اه .

مطلب فى الشهادة على اللواطة

قال أبو السعود : واختلفوا فى الشهادة على اللواطة ، فعند الإمام يقبل فيها رجلان عدلان لأن موجبها التعزير عنده ، وعندهما لابد فيه من أربعة كالزنا .

مطلب فى الشهادة على إتيان البهيمة

وأما إتيان البهيمة فالأصح أنه يقبل فيه شاهدان عدلان ، ولا يقبل فيه شهادة النساء اه (قوله فأعتقه القاضى) أى حكم بعتقه وكذا قوله ورجمه (قوله ضمن الأولان قيمته لمولاه) لإتلاف رقبته المملوكة على السيد (قوله ديته له) أنظر هل المراد بالدية هنا قيمته لأنه رقيق أو دية الأحرار لحكم القاضى عليه بالحرية ويدل لذلك قوله لو وارثه ، فإنه لو كان رقيقا لكانت الدية للسيد ولابد ط (قوله لو وارثه) بأن لم يكن له وارث غيره وإلا لوارثه (قوله والقود) شمل القود فى النفس والعضو ، وقيد به لما فى الخانية : ولو بشهد رجل وامرأتان بقتل الخطأ أو بقتل لا يوجب القصاص تقبل شهادتهم ، وكذا الشهادة على الشهادة وكتاب القاضى إلى القاضى لأن موجب هذه الجناية المال فقبل فيه شهادة الرجال مع النساء اه .

أقول : علم به قبول شهادة رجل وامرأتين فى طرف الرجل والمرأة والحر والعبد وكل ما لا قصاص فيه وكان موجبه المال ، ويعلم به كثير من الوقائع الحالية (قوله ومنه) أى من القود (قوله لمآلها) أى لأنها تئول (قوله لقتله) بسبب ردته : أى إن أصر على كفره (قوله بخلاف الأنثى) فإنها لا تقتل بل تحبس ، فتقبل شهادة رجل وامرأتين فلذا قيد بذكر ، بل فى المقدسى : لو شهد نصرانيان على نصرانية : أنها أسلمت جاز وتجبر على الإسلام .

(و) مثله (ردة مسلم رجلان) إلا المعلق فيقع ولا يحد كما مر .
(وللولادة واستهلال الصبي

قلت : وينبغي في النصراني كذلك فيجبر ولا يقتل ، ورأيته في الولوالجية اه سائحاني . وإنما لا يقتل لأنه لم يشهد على إسلامه مسلمان .

قال سيدي الوالد : وانظر لم لم يقل كذلك في شهادة رجل وامرأتين على إسلامه لكنه يعلم بالأولى . وصرح به في البحر عن المحيط عند قوله والذمي على مثله ، وتقدم في باب المرتد أن كل مسلم ارتد فإنه يقتل إن لم يتب إلا من ثبت إسلامه بشهادة رجلين ثم رجعا . ومن ثبت إسلامه بشهادة رجل وامرأتين على رواية النوادر . ولو شهد نصرانيان على نصراني أنه أسلم وهو ينكر لم تقبل شهادتهما . وقيل تقبل في المسألتين ولو على نصرانية قبلت اتفاقا لأن المرتدة لا تقتل بخلاف المرتد ولكنها تجبر على الإسلام وهذا كله قول الإمام .

وفي النوادر : تقبل شهادة رجل وامرأتين على الإسلام وشهادة نصرانيين على نصراني أنه أسلم وهذا هو الذي في آخر كراهية الدرر كما في ح واعتمد قاضيخان أن قول الإمام بعدم القتل بشهادة النساء وإن كان يجبر على الإسلام لأن أي نفس كانت لا تقتل بشهادة النساء اه (قوله ومثله ردة مسلم) أي حكما وهو تقييد أو علة . قال في البحر : وأما الشهادة بردة مسلم فلا يقبل فيها شهادة النساء كما ذكره في العناية من السير اه (قوله رجلان) إنما لم تقبل شهادة النساء لحديث الزهري : مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم والخليفتين من بعده أن لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص . ولأن فيها شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال ، فلا تقبل فيما تندرئ بالشبهات كذا في الهداية . وإنما لم يكن فيها حقيقة البدلية لأنها إنما تكون فيما امتنع العمل بالبدل مع إمكان الأصل وليست كذلك فإنها جائزة مع إمكان العمل بشهادة الرجلين كما في العناية .

وفي خزانة الأكمل : لو قضى بشهادة رجل وامرأتين في الحدود والقصاص وهو يراه أو لا يراه ثم رفع إلى آخر أمضاه اه بحر .

أقول : والأحسن حذف قوله أو لا يراه لأن القاضي حينئذ يحكم بمقتضى مذهبه (قوله إلا المعلق فيقع) أي إذا كان بعض الشهود نسوة ولا يحد يعني ما علق على شيء مما يوجب الحد والقود لا يشترط فيه رجلان بل يثبت برجل وامرأتين وإن كان المعلق عليه لا يثبت بذلك .

وصورته كما في البحر عن الولوالجية : رجل قال إن شربت الخمر فمملوكي حر فشهد رجل وامرأتان أنه شرب الخمر عتق العبد ولا يحد ، لأن هذه شهادة لا مجال لها في الحدود ، ولو قال إن سرقت من فلان شيئا فعلى قياس ما ذكرناه ينبغي أن يضمن المال ويعتق العبد ولا يقطع اه وعزى المسألتين في الخانية إلى أبي يوسف ثم قال : والفتوى فيهما على قول أبي يوسف .

وفي خزانة الأكمل شهدا أنه أعتق عبده ثم شهد أربعة بأنه زنى وهو محصن فأعتقه القاضي ثم رجمه ثم رجع الكل ضمن شاهدا الإعتاق قيمته لمولاه وشهود الزنا ديته لمولاه أيضا إن لم يكن له وارث غيره اه (قوله كما مر) أي قريبا عند قوله ولو علق عتقه بالزنا وقع برجلين ولا حد ومر أيضا في الزنا إذا شهد به رجلان (قوله وللولادة) أي في حق ثبوت النسب دون الميراث عنده ذكره قاضيخان وهو خبر مقدم لامرأة ولم يذكروا الولادة في الإصلاح ، لأن شهادة امرأة واحدة على الولادة إنما تكفي عندهما خلافا له على مامر في باب

للصلاة عليه) وللإرث عندهما والشافعى وأحمد وهو أرجح فتح (والبكارة وعيوب النساء فيما لا يطلع عليه الرجال

ثبوت النسب ، وأما شهادتها على الاستهلال فتقبل بالإجماع فى حق الصلاة إنما قلنا فى حق الصلاة لأن فى حق الإرث لا تقبل عنده خلافا لهما (قوله للصلاة) متعلق بالأخيرة أى تقبل شهادة القابلة باستهلال الصبى للصلاة عليه اتفاقا كما فى المنح ، وإنما قبلت وإن كان يمكن أن يطلع عليه الرجال لكنهم لا يحضرون الولادة عادة فألحق بما لم يطلع عليه الرجال (قوله وللإرث عندهما) أى تقبل شهادة القابلة باستهلال الصبى للإرث عندهما (قوله والبكارة) أى الشهادة عليها فإن شهدت أنها بكر يؤجل العنين سنة ، فإذا مضت فقال وصلت إليها وأنكرت ترى النساء ، فإن قلن هى بكر تخير ، فإن اختارت الفرقة فرق للحال ، وكذا فى رد المبيع إذا اشتراها بشرط البكارة إن قلن إنها ثيب يحلف البائع لينضم نكوله إلى قولهن . فالعيب يثبت بقولهن لسماع الدعوى وللتحليف . إذ لولا شهادتهن لم يحلف البائع وكان القول قوله بلا يمين لتمسكه بالأصل وهو البكارة كما فى البحر وسيأتى قريبا أوضح من ذلك (قوله وعيوب النساء) كالإماء المبيعة من نحو رتق وقرن ، كما لو اشترى جارية فادعى أن بها قرنا أو رتقا . لكن ذكر فى المنح فى باب خيار العيب عند قوله ادعى إباقا أن مالا يعرفه إلا النساء يقبل فى قيامه للحال قول امرأة ثقة ثم إن كان بعد القبض لا يرد بقولها بل لا بد من تحليف البائع ، وإن كان قبله فكذلك عند محمد ، وعند أبى يوسف يرد بقولهن بلا يمين البائع اهـ . وفى الفتح قبيل باب خيار الرؤية أن الأصل أن القول لمن تمسك بالأصل وأن شهادة النساء بانفرادهن فيما لا يطلع عليه الرجال حجة إذا تأيدت بمؤيد وإلا تعتبر لتوجه الخصومة لا لإلزام الخصم .

ثم ذكر أنه لو اشترى جارية على أنها بكر ثم اختلفا قبل القبض أو بعده فى بكارتها يريها القاضى النساء ، فإن قلن بكر لزم المشترى لأن شهادتهن تأيدت بأن الأصل البكارة ، وإن قلن ثيب لم يثبت حق الفسخ بشهادتهن لأنها حجة قوية لم تتأيد بمؤيد ، لكن تثبت الخصومة ليتوجه اليمين على البائع فيحلف بالله لقد سلمتها بحكم البيع وهى بكر . فإن نكل ردت عليه وإلا فلا اهـ ملخصا ، والأولى حذف قوله قوية أو إبداله بلفظ ضعيفة .

قال الرملى : ذكر فى الدرر والغرر وللولادة واستهلال الصبى للصلاة عليه والبكارة وعيوب النساء امرأة اهـ فدخل فى قوله وعيوب النساء الحبل لأنه من العيوب التى يرد بها المبيع .

قال فى الخانية : وفيما لا ينظر إليه الرجال كالقرن والرتق ونحوه اختلفت الروايات ، وآخر ماروى عن محمد أنه إن كان قبل القبض وهو عيب لا يحدث ترد بشهادة النساء ، وهو قول أبى يوسف الآخر ، والمرأة الواحدة والمرأتان سواء ، والمرأتان أوثق . وأما الحبل فيثبت بقول النساء فى حق الخصومة : ولا ترد بشهادتهن (قوله فيما لا يطلع عليه الرجال) قال الرملى : قدم أى صاحب البحر فى باب ثبوت النسب فى شرح قوله والمعتدة إن جحدت ولادتها بشهادة رجلين الخ . أفاد بقوله بشهادة رجلين قبول شهادة الرجال على الولادة من الأجنبية وأنهم لا يفسقون بالنظر إلى عورتها إما لكونه قد يتفق ذلك من غير قصد نظر ولا تعمد أو للضرورة كما فى شهود الزنا . وفى المنح نقلا عن السراج وقال بعض مشايخنا تقبل شهادته أيضا وإن قال تعمدت النظر إليها .

وأقول : فثبت الخلاف فى التعمد ظاهرا . ويمكن التوفيق بأن يحمل كلام النافى على التعمد لا لتحمل الشهادة والمثبت على التعمد لها إحياء للحقوق بإيصالها إلى مستحقها بواسطة أداء الشهادة عند الحاجة إليها . وفى كلامهم نوع إشارة إليه وربما أفهم كلام الزيلعى فى شرح قوله ولو قال شهود الزنا تعمدنا النظر قبلت أرجحية القبول وأيضا عبارته فى هذا المحل : ثم اختلفوا فيما إذا قال تعمدت النظر . قال بعضهم تقبل كما فى الزنا لطرحه ذكر مقابله وقياسه على الزنا والراجح فيه القبول تأمل .

امرأة) حرة مسلمة والثنتان أحوط . والأصح قبول رجل واحد خلاصة .

وفى البرجندى عن الملتقط أن المعلم إذا شهد منفردا فى حوادث الصبيان تقبل شهادته اه فليحفظ.

(و) نصابها (لغيرها من الحقوق سواء كان) الحق (مالا أو غيره كنكاح وطلاق ووكالة

ثم رأيت فى التتارخانية نقلا عن العتابية : واختلف المشايخ فيما إذا دعى إلى تحمل الشهادة عليها وهو يعلم أنه لو نظر إليها يشتهى ، فمنهم من جوّز ذلك بشرط أن يقصد بذلك تحمل الشهادة .

قال شيخ الإسلام : الأصح أنه لا يباح ذلك ذكره فى كتاب الكراهة (قوله امرأة حرة مسلمة) بالغة عاقلة عدلة زيلعى ، ودليله قوله عليه الصلاة والسلام « شهادة النساء جائزة فيما لا تستطيع الرجال النظر إليه » والجمع المحلى بالألف واللام يراد به الجنس فيتناول الأقل وهو الواحد . وهو حجة على الشافعى فى اشتراط الأربع ، ولأنه إنما سقط الذكورة ليخف النظر لأن نظر الجنس أخف فكذا يسقط اعتبار العدد (قوله والثنتان أحوط) وكذا الثلاث أحوط لما فيه من معنى الإلزام بحر .

وفيه عن خزانة الأكمل : لو شهد عنده نسوة عدول أنها امرأة فلان أو ابنته وسعته الشهادة اه . وفيها : يقبل تعديل المرأة ولا يقبل ترجمتها (قوله والأصح قبول رجل واحد) إذا شهد بالولادة . قال فى المنح : وأشار بقوله فيما لا يطلع عليه الرجال إلى أن الرجل لو شهد لا تقبل شهادته . وهو محمول على ما إذا قال : تعمدت النظر أما إذا شهد بالولادة وقال فاجأتها فاتفق نظرى عليها تقبل شهادته إذا كان عدلا كما فى المبسوط اه وقدمنا نحوه آنفا (قوله وفى البرجندى عن الملتقط الخ) ذكر الحموى فى شرحه عن الحاوى القدسى : تقبل شهادة النساء وحدهن فى القتل فى الحمام فى حكم الدية لئلا يهدر الدم . ومثله فى خزانة الفتاوى . وفى خير مطلوب خلافه قال: شهادة أهل السجن بعضهم على بعض فيما يقع بينهم لا تقبل ، وكذا شهادة الصبيان فيما يقع بينهم فى الملاعب ، وشهادة النساء فيما يقع فى الحمامات وإن مست الحاجة لعدم حضور العدول فى هذه المواضع لأن الشارع لما شرع طريقا وهو منعهن من الحمامات والصبيان عن الملاعب والامتناع عما يستحق به الحبس كان التقصير مضافا إليهم لا إلى الشرع اه وقد تقدم أن المعتمد جواز دخولهن الحمام إذا لم يشتمل على مفسدة ، ومعلوم أنه قد يسجن من لا معصية منه كمعسر ومظلوم والصبيان غير مكلفين حتى يتوجه خطاب الدفع عليهم فما علل به لا يظهر على أن المعصية لا تنافى إقامة الأحكام ، ألا ترى أن من فى حانة الخمر تجرى له وعليه الأحكام فالأظهر ما فى الحاوى وخزانة المفتين لمسيس الحاجة .

قال الحموى فى الملتقط من كتاب المواريث : إذا ادعت امرأة الميت أنها حبلى تعرض على امرأة ثقة أو امرأتين ، فإن لم يوقف على شىء من علامات الحمل قسم ميراثه ، فإن وقف على شىء من علامات الحمل يوقف نصيب ابنين ، ونحوه عن أبى يوسف ومحمد ط (قوله ونصابها) أى الشهادة (قوله لغيرها) أى لغير الحدود والقصاص ومالا يطلع عليه الرجال منح ، فشمل القتل خطأ والقتل الذى لا قصاص فيه لأن موجبه المال ، وكذا تقبل فيه الشهادة على الشهادة وكتاب القاضى رملى عن الخانية وتمامه فيه (قوله سواء كان الحق مالا أو غيره) أطلقه فشمل المال وغيره . قال الرملى : وشمل الشهادة على قتل الخطأ ، وما لا يوجب القصاص من قبيل الشهادة على المال . قال فى الخانية : ولو شهد رجل وامرأتان بقتل الخطأ أو بقتل لا يوجب القصاص تقبل إلى آخر ما مر .

ووصية واستهلال صبى) ولوللإرث (رجلان) إلا فى حوادث صبيان المكتب فإنه يقبل فيها شهادة المعلم منفردا قهستانى عن التجنيس (أو رجل وامرأتان) ولايفرق بينهما لقوله تعالى — فتذكر إحداهما الأخرى — ولم تقبل شهادة أربع بلا رجل لئلا يكثر خروجهن وخصهن الأئمة الثلاثة بالأموال وتوابعها

مطلب لافرق فى الشهادة بين الوصية والإيصاء

(قوله ووصية) أى الإيصاء إذ الكلام فيما ليس بمال . قال فى الشرنبلالية : ولعل الحال لا يفترق فى الحكم بين الشهادة بالوصية والإيصاء اه (قوله واستهلال صبى) هذا قوله ، وعندهما يثبت بشهادة القابلة وهو الأرجح كما سلف (قوله ولو) فى بعض النسخ او بلا واو ، والظاهر حذفها تأمل (قوله للإرث) أى والعتاق والنسب عنده فالمصنف جرى على مذهب الإمام ، والشارح فيما تقدم جرى على مذهبهما كما ترى (قوله إلا فى حوات صبيان المكتب) هذ مكرر مع ما تقدم . والذى فى الملتقط عدم التقييد بصبيان المكتب فيعم صبيان الحرفة ، فالظاهر أن التقييد بصبيان المكتب هنا اتفاق أبو السعود (قوله أو رجل وامرأتان) لقوله تعالى — فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان — ومعنى الآية على ما ذكره إن لم يشهدا حال كونهما رجلين فليشهد رجل وامرأتان ، ولولا هذا التأويل لما اعتبر شهادتهن مع وجود الرجال ، وشهادتهن معتبرة معهم عند الاختلاط بالرجال ، حتى إذا شهد رجال ونسوة بشىء يضاف الحكم إلى الكل حتى يجب الضمان على الكل عند الرجوع اه ط .

قال فى البحر : والأصل فى شهادة النساء القبول لوجود ما يبتنى عليه أهليه الشهادة ، وهى المشاهدة والضبط والأداء ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم الأخرى إليها فلم يبق بعد ذلك إلا الشبهة ، ولهذا لا تقبل فيما يندرئ بالشبهات ، وهذه الحقوق تثبت بالشبهات .

وحقق الأكمل فى العناية بأنه لا نقصان فى عقلهن فيما هو مناط التكليف بل فيما هو العقل بالملكة ، ففيهن نقصان بمشاهدة حالهن فى تحصل البديهيات باستعمال الحواس الجزئيات وبالنسبة إن ثبتت ، فإنه لو كان فى ذلك نقصان لكان تكليفهن دون تكليف الرجال فى الأركان ، وقوله صلى الله عليه وسلم « ناقصات عقل » المراد به العقل بالفعل ولذلك لم يصلحن للولاية والخلافة والإمارة اه ملخصا وتمامه فيه (قوله ولايفرق بينهما) أى المرأتين ، حكى أن أم بشر شهدت هى وأم الشافعى عند الحاكم فقال الحاكم فرقوا بينهما فقالت ليس لك ذلك قال الله تعالى — أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى — فسكت الحاكم كذا فى البحر .

قال التاج السبكى بعد نقل هذه الحكاية : وهذا فرع حسن واستنباط جيد ومنزع غريب ، والمعروف فى مذهب ولدها إطلاق القول بأن الحاكم إذا ارتاب بالشهود استحب له التفريق بينهم وكلامها صريح فى استثناء النساء للمنزع الذى ذكرته ولا بأس به اه وما ذكره فى البحر من الحكاية المذكورة ليس صريحا فى أن المذهب عندنا عدم التفريق فى الشهادة للنساء إذا ارتاب القاضى ذكره بعض الفضلاء (قوله لقوله تعالى فتذكر إحداهما الأخرى) ولا تذكر إلا مع الاجتماع (قوله لئلا يكثر خروجهن) أى ولعدم ورود الشرع به (قوله وخصهن) أى خص قبول شهادتهن (قوله وتوابعها) كالأجل وشرط الخيار منح ، والدليل لكل مذكور فى المطولات .

والحاصل أن أنواع الشهادة ستة(١) ما لا يقبل إلا بشهادة أربع ، وما لا يقبل إلا برجلين ، وما يقبل فيه

---

(١) (قوله أنواع الشهادة ستة) كذا بالأصل والمعهود خمسة ولهحرر اه مصححه ،

(ولزم فى الكل) من المراتب الأربع (لفظ أشهد) بلفظ المضارع بالإجماع وكل مالايشترط فيه هذا اللفظ كطهارة ماء ورؤية هلال فهو إخبار لا شهادة (لقبولها والعدالة لوجوبه) فى الينابيع : العدل من لم يطعن عليه فى بطن ولا فرج ، ومنه الكذب لخروجه من البطن

شهادة رجلين أو رجل وامرأتين ، وما قبل فيه شهادة المرأة ، وما قبل فيه شهادة النساء وحدهن بحكم الدية كما ذكرنا (قوله ولزم) أى شرط ، والشرط هنا ما لابد منه ليشمل الركن والشرط بحر (قوله من المراتب الأربع) هى الزنا وبقية الحدود وما لا يطلع عليه الرجال والرابع غيرها من الحقوق . وقيل لا يشترط فى النساء وهو ضعيف ، ولابد من شرط آخر لجميعها وهو التفسير ، حتى لو قال أشهد مثل شهادته لا تقبل ، ولو قال مثل شهادة صاحبى تقبل عند العامة ، وقيده الأوزجندى بما إذا قال لهذا المدعى على هذا المدعى عليه وبه يفتى خلاصة . وقال الحلوانى : إن كان فصيحا لا يقبل منه الإجمال ، وإن كان عجميا يقبل بشرط أن يكون بحال إن استفسر بين .

وقال السرخسى : إن أحسن القاضى بخيانة كلفه التفسير وإلا لا . وفى البزازية . وقال الحلوانى : لو أقر المدعى عليه أو وكيله فقال الشاهد أشهد بما ادعاه هذا المدعى على هذا المدعى عليه أو قال المدعى فى يده بغير حق يصح عندنا اه . وفيها كتب شهادته فقرأها بعضهم . فقال الشاهد أشهد أن لهذا المدعى على هذا المدعى عليه كل ما سمى ووصف فى هذا الكتاب ، أو قال هذا المدعى الذى قرئ ووصف فى هذا الكتاب فى يد هذا المدعى عليه بغير حق وعليه تسليمه إلى هذا المدعى يقبل لأن الحاجة تدعو إليه لطول الشهادة ولعجز الشاهد عن البيان اه .

مطلب لا تقبل الشهادة بلفظ أعلم أو أتيقن

(قوله لفظ أشهد) حتى لو قال اعلم أو أتيقن لا تقبل شهادته لأن النصوص ناطقة بلفظ الشهادة فلا يقوم غيرها مقامها لما فيها من زيادة توكيد لأنها من ألفاظ اليمين فيكون معنى اليمين ملاحظا فيها ، خلافا للعراقيين فإنهم لا يشترطون لفظ الشهادة فى شهادة النساء فيما لايطلع عليه الرجال فيجعلونها من باب الإخبار لا من باب الشهادة ، والصحيح هو الأول لأنه من باب الشهادة . ولهذا شرط فيه شرائط الشهادة من الحرية ومجلس الحكم وغيرها يعقوبية (قوله بلفظ المضارع بالإجماع) فلا يجوز شهدت لاحتمال الإخبار عما مضى فلا يكون شاهدا للحال (قوله كطهارة ماء) أى ونجاسته ونحوه حيث يقبل إن عدلا ، أما الفاسق فخبره فى الديانات التى لايتيسر تلقيها من العدول كرواية الأخبار ، بخلاف الأخبار بطهارة الماء ونجاسته ونحوه حيث يتحرى فى خبره أى الفاسق ، إذ قد لا يقدر على تلقيها من جهة العدول ، وقول الطحاوى أو غير عدل محمول على المستور كما هو رواية الحسن سيدى الوالد من الصوم وتمامه فى حاشيته (قوله ورؤية هلال) أى هلال رمضان (قوله فهو إخبار لا شهادة) لأنه أمر دينى فأشبه رواية الأخبار هداية . وأما فى المعاملات فيقبل الخبر ولو من كافر أو فاسق أو عبد أو صبى إن غلب على الرأى صدقه كما فى الحظر والإباحة من الدرر (قوله والعدالة لوجوبه) أى وجوب القاضى على القاضى منح .

قال العلامة عبد البر : أحسن ما قيل فى تفسير العدل أنه المجتنب للكبائر غير المصر على الصغائر ، صلاحه وصوابه أكثر من فساده وخطئه ، مستعملا للصدق ، مجتنبا للكذب ديانة ومروءة ، وهو مروى عن أبى يوسف اه ونحوه فى الذخيرة (قوله ومنه) أى مما يطعن به فيه (قوله الكذب) ذكر بعضهم أن الكذب

(لا لصحته) خلافا للشافعي رضى الله تعالى عنه (فلو قضى بشهادة فاسق نفذ) وأثم فتح (إلا أن يمنع منه) أى من القضاء بشهادة الفاسق (الإمام فلا) ينفذ لما مر أنه يتأقت ويتقيد بزمان ومكان وحادثة وقول معتمد حتى لا ينفذ قضاؤه بأقوال ضعيفة . وما فى القنية والمجتبى من قبول ذى المروءة الصادقة فقول الثانى بحر، وضعفه الكمال بأنه تعليل فى مقابلة النص فلا يقبل وأقره المصنف

من الصغائر إن لم يترتب عليه ما يصيره كبيرة كأكل مال مسلم أو قذفه ونحو ذلك ط (قوله لا لصحته) أى لصحة القضاء : أى نفاذه منح .

واعلم أن صاحب الكنز تبع صاحب الهداية وغيره فى اشتراط العدالة كلفظ الشهادة تسوية منهم بينهما وليس كذلك ، لأن لفظ الشهادة : أى أشهد شرط لصحة الأداء بل ركنه كما قدمناه . وأما العدالة فليست شرطا فى صحة الأداء . وإنما ظهورها شرط وجوب القضاء على القاضى كما قدمناه . وبه صرح صدر الشريعة وصاحب البدائع والبحر والمنح ، وتبعهم الشارح تبعا لما فى الهداية . وأقره ابن الهمام حيث قال فى الهداية : لو قضى القاضى بشهادة الفاسق صح عندنا زاد فى فتح القدير وكان عاصيا (قوله فلو قضى بشهادة فاسق نفذ) هذا إذا غلب على ظنه صدقه وهو مما يحفظ درر ، وظاهر قوله وهو مما يحفظ اعتماده . قال فى جامع الفتاوى : وأما شهادة الفاسق . فإن تحرى القاضى الصدق فى شهادته تقبل وإلا فلا اهـ (قوله الإمام) أى الأعظم وهو السلطان بأن قال لمستنيبه لا تقض بشهادة الفاسق (قوله فلا ينفذ) أى القضاء بشهادة الفاسق لمنع الإمام القاضى عن القضاء به (قوله لما مر) أى فى كتاب القضاء (قوله يتأقت) قياس مادته يتوقت بالواو (قوله وقول معتمد) ظاهره أنه إذا أطلق أوامره بالقضاء به أن يجوز القضاء به . وقد ذكروا أنه لا يجوز العمل بالقول الضعيف إلا للإنسان فى خاصة نفسه إذا كان له رأى ، وبعضهم منع العمل به فحينئذ لا يجوز العمل به عند الإطلاق ولا عند التصريح ويحرر . ويحتمل أنه راجع إلى القضاء فى ذاته وإن لم يقيد بذلك الإمام ط .

أقول : تحريره مانقل العلامة الشرنبلالى فى رسالته [العقد الفريد فى جواز التقليد] : مقتضى مذهب الشافعي كما قاله السبكى منع العمل بالقول المرجوح فى القضاء والإفتاء دون العمل لنفسه . ومذهب الحنفية المنع عن المرجوح حتى لنفسه لكون المرجوح صار منسوخا اهـ فليحفظ . وقيده البيرى بالعامى : أى الذى لا رأى له يعرف به معنى النصوص حيث قال : هل يجوز للإنسان العمل بالضعيف من الرواية فى حق نفسه . نعم إذا كان له رأى . أما إذا كان عاميا فلم أره ، لكن مقتضى تقييده بذى الرأى أنه لا يجوز للعامى ذلك .

قال فى خزانة الروايات : العالم الذى يعرف معنى النصوص والأخبار ، وهو من أهل الدراية يجوز له أن يعمل عليها وإن كان مخالفا لمذهبه اهـ .

قال سيدى الوالد : وهذا فى غير موضع الضرورة . فقد ذكر فى حيض البحر فى بحث ألوان الدماء أقوالا ضعيفة . ثم قال : وفى المعراج عن فخر الأئمة : لو أفتى مفت بشىء من هذه الأقوال فى مواضع الضرورة كان حسنا اهـ . وكذا قول أبى يوسف فى المنى إذا خرج بعد فتور الشهوة لا يجب به الغسل ضعيف . وأجازوا العمل به للمسافر أو الضيف الذى خاف الريبة وذلك من مواضع الضرورة (قوله ذى المروءة) وهى آداب نفسانية تحمل على محاسن الأخلاق وجميل العادات والهمزة وتشديد الواو فيه لغتان . والمراد الفاسق ذو المروءة كمكاس (قوله فقول الثانى بحر) الذى فى البحر أنه رواية عن الثانى (قوله فى مقابلة النص) وهو قوله تعالى — وأشهدوا ذوى عدل منكم — وقوله تعالى — ممن ترضون من الشهداء — أى فلا يقبل ، وأقره

(وهى) إن (على حاضر يحتاج) الشاهد (إلى الإشارة إلى) ثلاثة مواضع أعنى (الخصمين والشهود به ولو عينا) لادينا (وإن على غائب) كما فى نقل الشهادة (أو ميت فلابد) لقبولها (من نسبته إلى جده، فلا يكفى ذكر اسمه واسم أبيه وصناعته إلا إذا كان يعرف بها) أى بالصناعة (لا محالة) بأن لا يشاركه فى المصر غيره (فلو قضى بلا ذكر الجد نفذ) فالمعتبر التعريف لا تكثير الحروف. حتى لو عرف باسمه فقط أو بلقبه وحده كفى جامع الفصولين وملتقط.

(ولا يسأل عن شاهد بلا طعن من الخصم إلا فى حد وقود، وعندهما يسأل فى الكل)

المصنف. قال فى البحر: إن ظاهر النص أنه لا يحل قبول شهادة الفاسق قبل تعرف حاله، فإذا ظهر للقاضى من حاله الصدق وقبله يكون موافقا للنص إلا أن يريد بالنص قوله تعالى - وأشهدوا - الآية، لكن فيه أن دلالته على عدم قبول العدل إنما هى بالمفهوم، وهو غير معتبر عندنا ولا سيما هو مفهوم لقب مع أن الآية الأولى تدل على قبول قوله عند التبيين عن حاله كما قلنا تأمل (قوله وهى) أى الشهادة (قوله على حاضر) أى خصم حاضر، والمراد به جنس الخصم ليشمل المتداعيين (قوله يحتاج الشاهد) أى فى قبول شهادته (قوله إلى الإشارة) أى إشارة الشاهد (قوله مواضع) الأولى أشياء (قوله بأن لا يشاركه فى المصر غيره) لم يشترط هذا فى جامع الفصولين شرنبلالية.

مطلب اذا عرف باللقب واشتهر به لا يلزم ذكر أبيه وجده حيث لم يشتهر بهما

(قوله فالمعتبر التعريف لا تكثير الحروف) قال فى جامع الفصولين: والحاصل أن المعتبر حصول المعرفة وارتفاع الالتباس بأى وجه كان. وقال فى أثناء الفصل السابع فى تحديد العقار ودعواه ما نصه: كما لو كان الرجل معروفا مشهورا باسمه أو بلقبه لا بأبيه وجده يكتفى بذكر ما اشتهر به، وجهالة أبيه وجده لا تضر التعريف، بل ذكره وعدمه سواء لعدم معرفة الناس به اه ونحوه فى نور العين (قوله أو بلقبه) وكذا بصفته كما أفتى به فى الحامدية، فيمن شهد أن المرأة التى قتلت فى سوق كذا يوم كذا وقت كذا قتلها فلان تقبل بلا بيان اسمها وأبيها حيث كانت معروفة لم يشاركها فى ذلك غيرها. قال فى الأشباه: وتكفى النسبة إلى الزوج لأن المقصود الإعلام، وفى العبد اسمه واسم مولاه وأبى مولاه ولا يكفى الاقتصار على الاسم إلا أن يكون مشهورا (قوله جامع الفصولين) أى فى الفصل التاسع (قوله ولا يسأل عن شاهد) أى عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى: أى لا يجب على الحاكم أن يسأل عن الشاهد بل يجوز له الاقتصار على ظاهر العدالة فى المسلم (قوله بلا طعن من الخصم) قال الرملى: ولو بالجرح المجرد، ولا ينافيه قوله فيما يأتى: ولا يسمع القاضى الشهادة على جرح مجرد لأن عدم سماعها لعدم دخوله تحت الحكم وإلا فالخبر عن فسق الشهود يمنع القاضى عن قبول شهادتهم والحكم بها. فالطعن به مسموع منه قبل التزكية وسيظهر من مسائل الطعن، والله تعالى أعلم اه (قوله إلا فى حد وقود) أى فإنه يسأل عنهم للاحتيال فى إسقاطها فيستقصى، ولأن الشبهة فيها دارئة.

والحاصل أنه إن طعن الخصم سأل عنهم فى الكل وإلا سأل فى الحدود والقصاص وفى غيرها محل الاختلاف. وقيل هذا اختلاف عصر وزمان، والفتوى على قولهما فى هذا الزمان بحر عن الهداية (قوله وعندهما يسأل فى الكل) أى وجوبا وليس بشرط للصحة عندهما كما أوضحه فى البحر أى فيأثم بتركه ولا يبطل الحكم اه حموى.

إن جهل بحالهم بحر (سرا

قال فى المحيط البرهانى : لو قضى بالحد ببينة ثم ظهر أنهم فساق بعد ما رجم فإنه لا ضمان على القاضى لأنه لم يظهر الخطأ بيقين اه وهذا يدل على أن القاضى لو قضى فى الحدود قبل السؤال بظاهر العدالة فإنه يصح وإن كان آثما فقوله فى الهداية يشترط الاستقصاء معناه يجب . ومعنى قول الإمام يقتصر الحاكم يجوز اقتصاره لا أنه يجب اقتصاره اه

[فرع] وفى الملتقط : صبى احتلم لا أقبل شهادته ما لم أسأل عنه ولا بد أن يتأتى بعد البلوغ بقدر ما يقع فى قلوب أهل محلته ومسجده أنه صالح أو غيره اه (قوله إن جهل بحالهم بحر) وعبارته : ومحل السؤال على قولهما عند جهل القاضى بحالهم ، ولذا قال فى الملتقط : القاضى إذا عرف الشهود بجرح أو عدالة لا يسأل عنهم اه (قوله سرا) بأن يبعث الرقعة ويقال لها المستورة لسترها عن أعين الناس إلى المزكى ، ويكتب فى ذلك البياض نسب الشاهد وحليته ومسجده الذى يصلى فيه ثم يكتب المزكى الذى بعث القاضى إليه عدالته ، بأن يكتب : هو عدل جائز الشهادة ، وإن لم يعرفه بشىء كتب هو مستور ، ومن عرفه بفسق لم يصرح به بل يسكت تحرزا عن هتك الستر ، أو يكتب الله تعالى أعلم به إلا إذا عدله غيره وخاف أنه إن لم يصرح به يقضى بشهادته يصرح به كذا فى البناية . وفائدة السر أن المزكى إذا جرح الشاهد يقول القاضى للمدعى هات شاهدا آخر ولا يقول إنه مجروح . وفى هذا صيانة عن هتك حرمة المسلم وصيانة حال المزكى ولو تعارض الجرح والتعديل . قال العلامة قاسم : إذا جرح واحد وعدل واحد فعندهما الجرح أولى لأن مذهبهما أن الجرح والتعديل يثبت بقول واحد كما لو كان فى كل جانب اثنان .

مطلب لو جرحه واحد وعدله اثنان فالتعديل وإن جرحه اثنان وعدله عشرة فالجرح

وعند محمد تتوقف الشهادة حتى يجرحه واحد أو يعدله فيثبت الجرح أو التعديل ، فإن جرحه واحد وعدله اثنان فالتعديل أولى بالإجماع ، وإن جرحه اثنان وعدله عشرة فالجرح أولى . فلو قال المدعى بعد الجرح أنا أجىء بقوم صالحين يعدلونهم . قال فى العيون قبل ذلك : وفى النوادر أنه لا يقبل وهو اختيار ظهير الدين . وعلى قول من يقبل إذا جاء بقوم ثقة يعدلونهم فالقاضى يسأل الجارحين فلعلهم جرحوا بما لا يكون جرحا عند القاضى لا يلتفت إلى جرحهم وهذا ألطف الأقاويل وبه جزم فى الخانية ، وكذا لو عدل المزكى الشهود سرا وطعن الشهود عليه وقال للقاضى سل عنهم فلانا وفلانا وسمى قوما يصلحون .

مطلب لو عدل شاهد وقضى ومضى مدة وشهد فى أخرى

ولو عدل شاهد فى قضية وقضى به ثم شهد فى أخرى إن بعدت المدة أعيد التعديل وإلا لا . وفى الظهيرية : القاضى إذا عرف أحدهما بالعدالة فسأله عن صاحبه فعدله قال نصير لا يقبل ، ولابن سامة قولان :

مطلب إذا ردت الشهادة لعلة ثم زالت تلك العلة

وفى البزازية : من ردت شهادته فى حادثة لعلة ثم زالت العلة فشهد لم تقبل إلا فى أربعة : الصبى والعبد والكافر على المسلم والأعمى إذا شهد وأفردت فزال المانع فشهدوا يقبل ، وقد جمعها العلامة المقدسى فى قوله :

إن زالت العلة فى شهادة ردت فلا تقبل فى الإعادة
فى غير ما أربعة فى العد أعمى وكافر صبى عبد

وعلنا

مطلب يفرق بين المردود بتهمة أو لشبهة

وفى البحر : يفرق بين المردود لتهمة وبين المردود لشبهة ، فالثانى يقبل عند زوالها ، بخلاف الأول فإنه لا يقبل مطلقا إليه أشار فى النوازل ، وذلك كأجير الوحد لا تقبل شهادته ما دامت الإجارة قائمة فإذا انقضت قبلت (قوله وعلنا) بفتح اللام مصدر علن الأمر ظهر وانتشر . وفى المصباح : علن الأمر علونا من باب قعد ظهر وانتشر فهو عالن ، وعلن علنا من باب تعب لغة ، فهو علن وعلين والاسم العلانية ، بأن يجمع بين المزكى والشاهد الذى زكاه ويقول للمزكى هذا هو الذى زكيته حموى .

قال فى البحر : لو زكى من فى السر علنا يجوز عندنا ، والخصاف شرط تغايرهما كذا فى البزازية ، ولو قال المؤلف ثم علنا ليفيد أنه لابد من تقديم تزكية السر على العلانية لكان أولى ، لما فى الملتقط عن أبى يوسف : لا أقبل تزكية العلانية حتى يزكى فى السر اه وشمل سؤال القاضى عن الشاهد الأصلى والفرعى فيسأل عن الكل كذا عن أبى يوسف . وعن محمد : يسأل عن الأولين ، فإن زكيا سأل عن الآخرين كذا فى الملتقط .

[تنبيه] لا تجوز التزكية إلا أن تعرفه أنت أو وصف لك أو عرفت أن القاضى زكاه أو زكى عنده . وقال محمد : كم من رجل أقبل شهادته ولا أقبل تعديله ، يعنى أن الشهادة على الظواهر ولا كذلك التعديل كذا فى الملتقط .

مطلب يشترط فى التزكية شروط

فيشترط لجوازها شروط : الأول أن تكون الشهادة عند قاض عدل عالم . الثانى أن تعرفه وتختبره بشركة أو معاملة أو سفر . الثالث أن تعرف أنه ملازم للجماعة . الرابع أن يكون معروفا بصحة المعاملة فى الدينار والدرهم . الخامس أن يكون مؤديا للأمانة . السادس أن يكون صدوق اللسان . السابع اجتناب الكبائر . الثامن أن تعلم منه اجتناب الإصرار على الصغائر وما يخل بالمروءة ، والكل فى شرح أدب القضاء للخصاف . وفى النوازل : من قال لا أدرى أنا مؤمن أو غير مؤمن لا تعدله ولا تصل خلفه .

مطلب عرف فسق الشاهد فغاب ثم قدم

وفى البزازية : عرف فسق الشاهد فغاب غيبة منقطعة ثم قدم ولا يدرى منه إلا الصلاح لا يجرحه المعدل ولا يعدله .

مطلب لو كان معروفا بالصلاح فغاب ثم عاد فهو على عدالته

ولو كان معروفا بالصلاح فغاب غيبة منقطعة ثم حضر فهو على العدالة ، والشاهدان لو عدلا بعد ما تابا يقضى بشهادتهما ، وكذا لو غابا ثم عدلا ، ولو خرسا أو عميا لا يقضى . تاب الفاسق لا يعدله كما تاب بل لابد من مضى زمان يقع فى القلب صدقه فى التوبة اه بحر . وفيه : وشمل إطلاقه ما إذا كان الشاهد غريبا ، فإن كان ولا يجد معدلا فإنه يكتب إلى قاضى بلده ليخبره عن حاله أو إلى أهل بلدته ليعرف حاله ، وكذا غريب نزل بين ظهرانى قوم لا يعدله حتى تبعد المدة ويظهر حاله للقوم . وكان الإمام الثانى يقول : إن المدة ستة أشهر ثم

به يفتى) وهو اختلاف زمان لأنهما كانا فى القرن الرابع ، ولو اكتفى بالسر جاز مجمع وبه يفتى سراجية (وكفى فى التزكية) قول المزكى (هو عدل فى الأصح) لثبوت الحرية بالدار درر ، يعنى الأصل

رجع إلى سنة ، ومحمد لم يقدره بل على ما يقع فى القلوب الوثوق ، وعليه الفتوى اهـ ملخصا (قوله به يفتى) مرتبط بقوله وعندهما يسأل فى الكل .

قال فى البحر : والحاصل أنه إن طعن الخصم سأل عنهم فى الكل إلى آخر ما قدمناه قريبا ، فكان ينبغى للمصنف أن يقدمه على قوله سرا وعلنا لئلا يوهم خلاف المراد فإنه سينقل أن الفتوى الاكتفاء بالسر ، وجزم به ابن الكمال فى متنه . وذكر فى البحر أن ما فى الكنز خلاف المفتى به ، وبه ظهر أن ما يفعل فى زماننا من الاكتفاء بالعلانية خلاف المفتى به بل فى البحر لابد من تقديم تزكية السر على العلانية إلى آخر ما قدمناه آنفا فتنبه .

أقول : وعمل قضاة زماننا الآن على تزكية السر والعلانية لورود الأمر السلطانى بذلك (قوله لأنهما كانا فى القرن الرابع) بعد تغير أحوال الناس ، فظهرت الخيانة والكذب . وأبو حنيفة كان فى القرن الثالث وهم ناس شهد لهم رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم بالخير والصلاح ، فقال عليه الصلاة والسلام « خير القرون قرنى الذى أنا فيه ، ثم الذين يلونهم ، ثم الذين يلونهم ، ثم يفشو الكذب حتى يحلف الرجل قبل أن يستحلف ويشهد قبل أن يستشهد » اهـ زيلعى وهذا بناء على أن القرن خمسون سنة كما نقله الأخضرى فى شرح السلم اهـ ح .

وقال ابن حجر فى شرح البخارى : يطلق القرن على مدة من الزمان . واختلفوا فى تحديدها من عشرة أعوام إلى مائة وعشرين ، لكن لم أر من صرح بالسبعين ولا بمائة وعشرة ، وما عدا ذلك فقد قال به قائل اهـ .

مطلب تاريخ وفاة أئمتنا الثلاثة

وذكروا أن الإمام مات سنة ١٥٠ مائة وخمسين . وأبو يوسف سنة ١٨٢ مائة واثنتين وثمانين ومحمد سنة ١٨٧ مائة وسبع وثمانين .

فإن قلت : هلا قال الشارح فى القرن الثالث عوضا عن قوله فى القرن الرابع لأنهم أدركوا أبا حنيفة وهو من التابعين الذين هم أهل القرن الثانى ، كما أن الصحابة هم أهل القرن الأول ؟ فيجاب : إن الذين كانوا يتحاكمون إلى الصاحبين هم أهل القرن الرابع وهم ما بعد أتباع التابعين (قوله سراجية) عبارتها كما فى البحر : أو الفتوى على أنه يسأل فى السر . وقد تركت التزكية فى العلانية فى زماننا كى لا يخدع المزكى أو يخوف اهـ . وقد كانت العلانية وحدها فى الصدر الأول . ويروى عن محمد تزكية العلانية بلاء وفتنة اهـ . قال القهستانى : وتزكية السر أحدثها شريح وعليه الفتوى كما فى المضمرات وغيره . ويشكل ما فى الاختيار أنه يسأل سرا وعلانية وعليه الفتوى اهـ .

قلت : يمكن إرجاعه إلى قوله يسأل : أى لا يكتفى بالعدالة الظاهرة ، فهو ترجيح لقولهما تأمل ، قاله سيدى الوالد (قوله لثبوت الحرية بالدار درر) ونحوه فى الهداية لكن فى البحر : واختار السرخسى أنه لا يكتفى بقوله هو عدل ، لأن المحدود فى قذف بعد التوبة عدل غير جائز الشهادة ، وكذا الأب إذا شهد لابنه فلابد من زيادة جائز الشهادة كما فى الظهيرية وينبغى ترجيحه اهـ .

فيمن كان فى دار الإسلام الحرية فهو بعبارته جواب عن النقض بالعبد ، وبدلالته جواب عن النقض بالمحدود ابن كمال (والتعديل من الخصم الذى لم يرجع إليه فى التعديل لم يصح) فلو كان ممن يرجع إليه فى التعديل صح بزازية . والمراد بتعديله تزكيته بقوله هم عدول زاد لكنهم أخطأوا أو نسوا أو لم يزد (و) أما (قوله صدقوا أو هم عدول صدقة) فإنه (اعتراف بالحق) فيقضى بإقراره لا بالبينة عند الجحود اختيار .

وفى البحر عن التهذيب : يحلف الشهود فى زماننا لتعذر التزكيه ، إذ المجهول لا يعرف المجهول وأقره المصنف ثم نقل عنه عن الصيرفية تفويضه للقاضى .

وفى البزازية : ينبغى أن يعدّل قطعا ولا يقول هم عندى عدول لإخبار الثقاة به ، ولو قال لا أعلم منهم إلا خيرا فهو تعديل فى الأصح (قوله الحرية) مخالف لما نقل فى بعض الشروح عن الجامع الكبير من أن الناس أحرار إلا فى الشهادة والحدود والقصاص كما لا يخفى فليتأمل يعقوبية ، لكن ذكر فى البحر عن الزيلعى أن هذا محمول على ما إذا طعن الخصم بالرق كما قيده القدورى (قوله فهو) أى لفظ عدل بعبارته أى بمنطوقه فيه أنه لا يكون كذلك إلا إذا كانت الحرية تفهم منطوقا من العدل ، ولا يطلق على العبد عدل مع أنه ليس كذلك ط (قوله بعبارته) أى بمنطوقه وهوماسيق الكلام له (قوله وبدلالته) هو الحكم الذى يساوى المنطوق لكن لم يسق النص إليه ، وهو يفيد أن المحدود فى القذف لا يكون عدلا وليس كذلك ، ولذا اختار السرخسى عدم الاكتفاء بقوله هو عدل كما قدمناه آنفا . وقد جعل الحلبى مرجع الضمير فى قوله فهو بعبارته إلى الأصل فيمن كان فى دار الإسلام الحرية بمفهوم الموافقة المسمى بدلالة النص ، فإنه بمنطوقه جواب عن النقض بالعبد الوارد على قول المزكى هو عدل فقط ، وبدلالته الذى هو مفهوم الموافقة جواب عن النقض بالمحدود فى القذف الوارد على عبارة المزكى السابقة ، وإنما دل بمفهوم الموافقة عليه لأن الأصل فيمن كان فى دار الإسلام عدم الحد فى القذف أيضا فهو مساو اه (قوله والتعديل) أى التزكية (قوله من الخصم) أى المدعى عليه والمدعى بالأولى كتعديل الشاهد نفسه ، وأطلقه فشمل ماذا عدله المدعى عليه قبل الشهادة أو بعدها كما فى البزازية ويحتاج إلى تأمل ، فإنه قبل الدعوى لم يوجد منه كذب فى إنكاره وقت التعديل وكان الفسق الطارئ على المعدل قبل القضاء كالمقارن بحر (قوله لم يصح) أى لم يصح مزكيا لأن فى زعم المدعى وشهوده أن المدعى عليه كاذب فى الإنكار ومبطل فى الإصرار ، وتزكية الكاذب الفاسق لا تصح ، هذا عند الإمام رحمه الله تعالى . وعندهما يصح إن كان من أهله بأن كان عدلا لكن عند محمد لابد من ضم آخر إليه درر . ومفاده أنه لو كان مقرا يصح .

قال فى منية المفتى : المشهود عليه إذا كان ساكتا غير جاحد للحق فقال هم عدول يقبل بالإتفاق ، فإن جحد وقال هم عدول لكن أخطأوا أو نسوا ففى صحة التعديل روايتان اه وهذا موضوع المسألة .

وفى شرح أدب القضاء للصدر الشهيد أن يكون مقرا بقوله صدقوا فيما شهدوا به علىّ ؛ وبقوله هم عدول فيما شهدوا به علىّ أطلقه وقيده . فى البزازية بما إذا كان المدعى عليه لايرجع إليه فى التعديل ، فإن كان صح قوله .

مطلب جرح الشاهد نفسه مقبول

قال فى البحر : وأما جرح الشاهد نفسه فمقبول لكنه يأثم بذلك حيث كان صادقا فى شهادته لما فيه من إبطال حق المدعى .

قلت : ولا تنس مامر عن الأشباه (و) الشاهد (له أن يشهد

مطلب تعديل أحد الشاهدين صاحبه

وتعديل أحد الشاهدين صاحبه فيه اختلاف . قال فى الظهيرية : شاهدان شهد الرجل والقاضى يعرف أحدهما بالعدالة ولا يعرف الآخر فعدله الذى عرفه القاضى بالعدالة . قال نصير رحمه الله تعالى : لايقبل القاضى تعديله ولابن سلمة فيه قولان . وعن أبى بكر البلخى فى ثلاثه شهدوا والقاضى يعرف اثنين منهم بالعدالة ولا يعرف الثالث فإن القاضى يقبل تعديلهما لو شهد هذا الثالث شهادة أخرى ، ولا يقبل تعديلهما فى الشهادة الأولى وهو كما قال نصير رحمه الله تعالى (قوله ولا تنس مامر عن الأشباه) أى قبيل التحكيم من أن الإمام لو أمر قضاته بتحليف الشهود وجب على العلماء أن ينصحوه ويقولوا له لاتكلف قضاتك إلى أمر يلزم منه سخطك إن خالفوك أو سخط الخالق إذا وافقوك اهـ :

وأقول : وعبارة البحر بعد ماذكر عبارة القلانسى من أن مختار ابن أبى ليلى استحلاف الشهود . قال قلت ولا يضعفه مافى الكتب المعتمدة كالخلاصة والبزازية من أنه لايمين على الشاهد لأنه عند ظهور عدالته ، والكلام عند خفائها خصوصا فى زماننا أن الشاهد مجهول الحال ، وكذا المزكى غالبا والمجهول لايعرف المجهول ، لكن قال العلامة المقدسى بعد ذكر مافى التهذيب للقلانسى : لايخفى أنه مخالف لما فى الكتب المعتمدة .

ولا يقال : يجب العمل به لأن الشاهد مجهول كالمزكى غالبا والمجهول لايعرف المجهول . لأنا نقول : الأمر كذلك ، لكن قال الفقيه : لو استقصى مثل ذلك لضاق الأمر ولا يوجد مؤمن بغير عيب كما قيل :

ومن ذا الذى ترضى سجاياه كلها كفى المرء نبلا أن تعدّ معايبه

أقول : لكن صدر الأمر السلطانى أنه إذا ألح الخصم على القاضى بأن يحلف الشهود قبل الحكم لتقوية الشهادة ورأى الحاكم لزوم ذلك فله إجابته كما فى مادة ١٧٢٧ من المجلة .

[لطيفة] فى الملتقط عن غسان بن محمد المروزى قال : قدمت الكوفة قاضيا فوجدت فيها مائة وعشرين عدلا فطلبت أسرارهم فرددتهم إلى ستة ثم أسقطت أربعة فلما رأيت ذلك استعفيت واعتزلت .

[تنبيه] قال إسمعيل بن حماد حفيد أبى حنيفة رحمه الله تعالى ، وهو من جملة الأئمة . أخذ عن أبى يوسف وزاحمه فى العلم ، ولو عمر لفاق المتقدمين والمتأخرين ، لكنه مات شابا رحمه الله تعالى : أربعة من الشهود لاأسأل عنهم .

شاهد غريب ، وهو أن يجتمع الخصوم بباب القاضى ومنهم شخص يدعى الغربة والعزم على السفر وفوت الرفاق بالتأخير وطلب تقديمه لذلك أى بلا قرعة كما فى البحر ، فلا يقبل إلا بشاهدين على ذلك ، ولا يحتاج إلى تزكيتهما لتحقق الفوات بطول المدة بالتزكية .

الثانية العدوى ، وهى مالو سمى شخصا بينه وبين المصر أكثر من يوم وله عليه دعوى لايرسل القاضى خلفه حتى يقيم بينة بالحق الذى عليه ، ولا يشترط تعديلها . ونقل عن محمد أنه اشترط تعديل هذين لما فيه من الإلزام على الغير ، وكل ماكان كذلك سبيله التعديل ، وإليه مال الحلوانى وقال إنه روى عن الإمام .

الثالثة شاهد رد الطينة ، وهو مالو ادعى على شخص ليس بحاضر معه بحق وذكر أنه امتنع من الحضور معه أعطاه القاضى طينة أو خاتما وقال أره إياه وادعه إلىّ وأشهد عليه ، فإن أراه ذلك وقال لا أحضر وشهد عند القاضى بذلك مستوران لايسأل عنهما . قالوا : وفيما نقل عن محمد إشارة إلى تعديلهما حيث قيد بما فيه إلزام على الغير •

بما سمع) أو رأى فى (مثل البيع) ولوبالتعاطى فيكون من المرئى (والإقرار) ولو بالكتابة فيكون مرئيا

وقال الصدر الشهيد : إن عدم التعديل أنظر للناس وبه نأخذ لخوف اختفاء الخصم مخافة العقوبة ، فإذا شهدا كتب إلى الوالى فى إحضاره .

الرابعة شاهد تعديل العلانية لايشترط تزكيته ظاهرا بعد سؤال القاضى عن الشهود المطلوب تعديلهم فى السر ممن يثق به من أمنائه وأخبره بعدالتهم ، ولابد من المغايرة بين شهود السر والعلانية ، وإنما لم تشترط عدالتهم لأنها للاحتياط إجابة للمدعى إلى ماطلب اه ذكره العلامة عبد البر فى شرح الوهبانية ومثله فى شرحها لمصنفها . وذكر فى البحر أن ذلك فى شهادة العلانية محمول على أن مزكيها معروف العدالة لنقل الإجماع على أن تزكية العلانية كالشهادة ،أو هو محمول عن ماإذا تقدمت التزكية سرا ، ولئن كان ماذكره العلامة عبد البر عن الإمام إسمعيل مرادا فهو ضعيف لنقل الإجماع على أن تزكية العلانية كالشهادة اه (قوله بما سمع) أى إن كان من المسموعات ، وقوله أو رأى : أى إن كان من المرئيات ، وقد يكون الشيء مسموعا ومرئيا باعتبارين ، وأشار بقوله بما سمع إلى أنه لابد من علم الشاهد بما يشهد به ، ولهذا قال فى النوازل عن رجل ادعى على ورثة ميت مالا فأمر بإثبات ذلك فأحضر شاهدين شهدا أن المتوفى قد أخذ من هذا المدعى منديلا فيه دراهم ولم يعلما كم وزنها هل تجوز شهادتهما وهل يجوز للشاهدين أن يشهدا بذلك ؟ قال : إن كان الشهود وقفوا على تلك الصرة وفهموا أنها دراهم وحرزوها فيما يقع عليه يقينهم من مقدارها شهدوا بذلك ، وينبغى أن يعتبروا جودتها فإنها قد تكون ستوقة ، فإذا فعلوا ذلك جازت شهادتهم اه .

وفى خزانة الأكمل : رجل فى يده درهمان كبير وصغير فأقر بأحدهما لرجل فشهدا أنه أقر بأحدهما ولاندرى بأيهما أقر فإنه يؤمر بتسليم الصغير اه (قوله فى مثل البيع) إن عقداه بإيجاب وقبول كان من المسموعات ، وإن بتعاط كان من المرئيات . وفيه يشهدون بالأخذ والإعطاء ، ولو شهدوا بالبيع جاز بحر عن البزازية . قال فى الدرر : ويقول أشهد أنه باع أو أقر لأنه عاين السبب فوجب عليه الشهادة كما عاين ، وهذا إذا كان البيع بالعقد ظاهر ، وإن كان بالتعاطى فكذلك لأن حقيقة البيع مبادلة المال بالمال وقد وجد . وقيل لايشهدون على البيع بل على الأخذ والإعطاء لأنه بيع حكمى لاحقيقى اه .

وفى البحر عن الخلاصة : رجل حضر بيعا ثم احتيج إلى الشهادة للمشترى ، يشهد له بالملك بسبب الشراء ولا يشهد له بالملك المطلق ،لأن الملك المطلق ملك من الأصل والملك بالشراء حادث اه . وفيه : ولابد من بيان الثمن فى الشهادة على الشراء لأن الحكم بالشراء بثمن مجهول لايصح اه وانظر ماقدمناه فى شتى القضاء ، وما سنذكره فى باب الاختلاف فى الشهادة إن شاء الله تعالى (قوله والإقرار) هو باللسان من المسموعات بأن يسمع قول المقر لفلان على كذا (قوله ولو بالكتابة) فى البحر عن البزازية ماملخصه : إذا كتب إقراره بين يدى الشهود ولم يقل شيئا لايكون إقرارا فلا تحل الشهادة به ولو كان مصدرا مرسوما ، وإن لغائب على وجه الرسالة على ماعليه العلامة لأن الكتابة قد تكون للتجربة . وفى حق الأخرس يشترط أن يكون معنونا مصدرا وإن لم يكن إلى الغائب ، وإن كتب وقرأ عند الشهود مطلقا أو قرأه غيره وقال الكاتب اشهدوا على به أو كتبه عندهم وقال اشهدوا على بما فيه وعلموا به كان إقرارا وإلا فلا ، وبه ظهر أن ماهنا خلاف ماعليه العامة لكن جزم به فى الفتح وغيره ، وأفتى به الشيخ سراج الدين قارئ الهداية ، إذا كان على رسم الصكوك واعترف بأنه خطه أو شهدوا عليه به وقد شاهدوا كتابته وعرفوا ما كتبه أو قرأه عليهم ، هذا حاصل ماأجاب به فى موضعين من

(وحكم الحاكم والغصب والقتل وإن لم يشهد عليه) ولو مختفيا يرى وجه المقر ويفهمه (ولا يشهد على محجب بسماعه منه إلا إذا تبين القائل) بأن لم يكن فى البيت غيره ، لكن لو فسر لا تقبل درر (أو يرى شخصها) أى القائلة (مع شهادة اثنين بأنهافلانة بنت فلان ابن فلان) ويكفى هذا للشهادة على الاسم والنسب وعليه الفتوى جامع الفصولين .

فتاواه ، وسيأتى قريبا إن شاء الله تعالى تمام الكلام على ذلك (قوله وحكم الحاكم) يكون من المسموع إن كان بالقول ، ويكون من المرئيات إن كان فعلا (قوله والغصب والقتل) من المرئيات (قوله وإن لم يشهد عليه) لو قال بدله ولو قال لاتشهد على لكان أفود ، لما فى الخلاصة : لو قال المقر لاتشهد على بما سمعت تسعه الشهادة اه . فيعلم حكم ماإذا سكت بالأولى بحر . وفيه : وإذا سكت يشهد بما علم ، ولا يقول أشهدنى لأنه كذب .

وفى النوازل : سئل محمد بن مقاتل عن شريكين يتحاسبان وعندهما قوم فقالا لاتشهدوا علينا بما تسمعونه منا ثم أقر أحدهما لصاحبه بشراء أو باع شيئا فطلب المقر له بعد ذلك منهم الشهادة قال : ينبغى لهم أن يشهدوا بذلك وهو قول محمد بن سيرين . وأما الحسن البصرى والحسن بن زياد فإنهما يقولان لايشهدون به . قال الفقيه : وروى عن أبى حنيفة أنه قال : ينبغى لهم أن يشهدوا وبه نأخذ اه . ثم قال بعده قال الفقيه : إن كان يخاف على نفسه أنه إذا أقر بشىء صدق وادعى أن شريكه قبض لايصدقه يقول للمتوسط اجعل كأن هذا المال على غيرى وأنا أعبر عنه ثم يقول قبض كذا وكذا فيبين الجميع من غير أن يضيف إلى نفسه كى لايصير حجة عليه اه (قوله ولو مختفيا يرى وجه المقر ويفهمه) وإن لم يروه وسمعوا كلامه لايحل لهم الشهادة إلا إذا دخل بيتا فرأى رجلا فيه وحده فخرج وجلس على بابه وليس له مسلك غيره فسمع إقراره من الباب من غير رؤية وجهه حل له أن يشهد بما أقر كذا ذكره الخصاف .

وفى العيون : رجل خبأ قوما لرجل ثم سأله عن شىء فأقر وهم يسمعون كلامه ويرونه وهو لايراهم جازت شهادتهم ، وإن لم يروه وسمعوا كلامه لاتحل لهم الشهادة اه بحر (قوله لكن لو فسر) بأن قال : إنى شاهد على المحتجب (قوله لاتقبل) إذ ليس من ضرورة جواز الشهادة القبول عند التفسير ، فإن الشهادة بالتسامع تقبل فى بعض الحوادث ، لكن إذا صرح لاتقبل ط (قوله أو يرى شخصها) فى الملتقط . إذا سمع صوت المرأة ولم ير شخصها فشهد اثنان عنده أنها فلانة لايحل له أن يشهد عليها ، وإن رأى شخصها وأقرت عنده فشهد اثنان أنها فلانة حل له أن يشهد عليها اه بحر من أول الشهادات ، واحترز برؤية شخصها عن رؤية وجهها . قال فى جامع الفصولين : حسرت عن وجهها وقالت أنا فلانة بنت فلان بن فلان وهبت لزوجى مهرى فلا يحتاج الشهود إلى شهادة عدلين أنها فلانة بنت فلان مادامت حية إذ يمكن الشاهد أن يشير إليها ، فإن ماتت فحينئذ يحتاج الشهود إلى شهادة عدلين بنسبها وقال قبله : لو أخبر الشاهد عدلان أن هذه المقرة فلانة بنت فلان يكفى هذا للشهادة على الاسم والنسب عندهما وعليه الفتوى ، ألا ترى أنهما لو شهدا عند القاضى يقضى بشهادتهما والقضاء فوق الشهادة فتجوز الشهادة باخبارهما بالطريق الأولى ، فإن عرفها باسمها ونسبها عدلان ينبغى للعدلين أن يشهدا الفرع على شهادتهما فيشهد عند القاضى عليها بالاسم والنسب وبالحق أصالة اه . وفيه : ولا يجوز الاعتماد عليهما بإخبار المتعاقدين باسمهما ونسبهما لعلهما تسميا وانتسبا باسم غيرهما ونسبه يريدان أن يزورا على الشهود ليخرجا المبيع من يد مالكه ، فلو اعتمدا على قولهما نفذ تزويرهما وبطل أملاك الناس .

[فرع] فى الجواهر عن محمد: لا ينبغى للفقهاء كتب الشهادة لأن عند الأداء يبغضهم المدعى عليه فيضره (وإن كان بين الخطين) بأن أخرج المدعى خط إقرار المدعى عليه فأنكر كونه خطه فاستكتب فكتب وبين الخطين (مشابهة ظاهرة) على أنهما كخط كاتب واحد (لا يحكم عليه بالمال) هو الصحيح

مطلب مايغفل الناس عنه كثيرا من الشهادة على المتعاقدين باسمهما ونسبهما بأخبارهما

وهذا فصل غفل عنه كثير من الناس فإنهما يسمعون لفظ الشراء والبيع والإقرار والتقابض من رجلين لايعرفونهما ثم إذا استشهدوا بعد موت صاحب البيع شهدوا على ذلك الاسم والنسب ولا علم لهم بذلك فيجب أن يحترز عن مثل ذلك، وطريق علم الشهود بالنسب أن يشهد عندهم جماعة لايتصور تواطؤهم على الكذب عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى . وعندهما شهادة رجلين كاف كما فى سائر الحقوق .

أقول : يحصل للقاضى العلم بالنسب بشهادة عدلين ، فينبغى أن يحصل للشهود أيضا بشهادة عدلين كما هو قولهما اه وقيد برؤية الشخص لأنه لايشترط رؤية الوجه لصحة الشهادة على المنتقبة كما قال به بعض مشايخنا عند التعريف شرنبلاليه ، وإلى هذا مال خواهر زاده . وبعضهم قال : لايصح التحمل عليها بدون رؤية وجهها ذكره سرى الدين . قال أبو السعود : فتحصل منه أن الفتوى على عدم إشتراط رؤية وجه المرأة .

أقول : ولا يخفى أن هذا كله ، عند عدم معرفته لها أما إذ عرفها فيشهد عليها بدون رؤية وجهها ولكن هذا ظاهر إذا رأى وجهها ثم تنقبت فشهد على إقرارها مثلا فى حال تنقبها فهذا لاشك أنه لايحتاج إلى تعريف من غيره إذ تعريف غيره حينئذ لايزيد على معرفته . وأما إذا كانت متنقبة وكان يعرفها قبل فعرفها بصوتها وهيئتها ولم ير وجهها وقت التنقب أو الإقرار فهل يكفى ذلك ؟ ظاهر إطلاقهم أنه لايكفى . فى العمادية قالوا : لايصح التحمل بدون رؤية وجهها : وبه يفتى شمس الإسلام الأوزجندى وظهير الدين المرغينانى اه ولم يفصل بين ماإذا عرفها بصوتها أولا .

وفى البيرى على الأشباه : لايجوز أن يشهد على من سمعه من وراء حائط أو من فوق البيت وهو لايراه وإن عرف كلامه ، لأن الكلام يشبه بعضه بعضا كما فى التتارخانية .

وفى منية المفتى : أقرت من وراء حجاب لايجوز أن يشهد على إقرارها إلا إذا رأى شخصها ، ولم يشترط فى النوادر رؤية وجهها انتهى ، وانظر كلام الفتح فإنه يفيد ذلك أيضا (قوله وعليه الفتوى) مقابله ماتقدم قريبا من أنه لابد من شهادة جماعة . ذكر الفقيه أبو الليث عن نصير بن يحيى قال : كنت عند أبى سليمان فدخل ابن لمحمد ابن الحسن فسأله عن الشهادة على المرأة متى تجوز إذا لم يعرفها . قال : كان أبو حنيفه يقول لاتجوز حتى يشهد عنده جماعة أنها فلانة . وكان أبو يوسف وأبوك يقولان يجوز إذا شهد عنده عدلان أنها فلانة وهو المختار للفتوى وعليه الاعتماد لأنه أيسر على الناس انتهى .

واعلم أنهما كما احتاجا للاسم والنسب للمشهود عليه وقت التحمل يحتاجان عند أداء الشهادة إلى من يشهد أن صاحبة الاسم والنسب هذه . وذكر الشيخ خير الدين أنه يصح التعريف ممن لاتقبل شهادته لها سواء كانت الشهادة عليها أو لها سائحانى بزيادة من البحر وغيره (قوله لأن عند الأداء) كذا وقع فى المنح ، وفيه حذف اسم إن وهو ضمير الشأن والجمله بعدها خبرها (قوله فيضره) أى يضر المدعى عليه بغضه للفقيه (قوله ظاهرة) ضمنه معنى دالة فعداه بعلى (قوله على أنهما كخط كاتب واحد) لفظ على بمعنى فى أو متعلق بمحذوف تقديره تدل ، والأولى حذف الكاف من كخط كما هو فى المنح ، وهو كذلك فى بعض النسخ (قوله لايحكم عليه بالمال)

خانية ، وإن أفتى قارىء الهداية بخلافه فلا يعول عليه ، وإنما يعوّل على هذا التصحيح لأن قاضيخان من أجلّ من يعتمد على تصحيحاته كذا ذكره المصنف هنا . وفى كتاب الإقرار : واعتمده فى الأشباه ، لكن فى شرح الوهبانية : لو قال هذا خطى لكن ليس علىّ هذا المال إن كان الخط على وجه الرسالة مصدرا معنونا لايصدق ويلزم بالمال ونحوه فى الملتقط وفتاوى قارىء الهداية فراجع ذلك

لأنه لا يزيد على أن يقول هذا خطى وأنا حررته لكنه ليس على هذا المال وثمة لايجب فكذا هنا منح (قوله خانية) عبارتها من الشهادات : رجل كتب صك وصية وقال للشهود اشهدوا بما فيه ولم يقرأ وصيته عليهم . قال علماؤنا : لايجوز للشهود أن يشهدوا بما فيه . وقال بعضهم : وسعهم أن يشهدوا والصحيح أنه لايسعهم ، وإنما يحل لهم أن يشهدوا بأحد معان ثلاثة : إما أن يقرأ الكتاب عليهم وكتبه غيره ، أو قرىء الكتاب عليه بين يدى الشهود فيقول هو لهم اشهدوا علىّ بما فيه ، أو يكتب هو بين يدى الشاهد ويعلم بما فيه ويقول اشهدوا علىّ بما فيه قال أبو على النسفى : هذا إن لم يكن الكتاب مكتوبا على الرسم ، فإن كان مكتوبا على الرسم وكتب بين يدى الشهود والشاهد يعلم مافى الكتاب وسعه أن يشهد ، وإن لم يقل له اشهد علىّ بما فيه هكذا روى عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى فى النوادر اهـ وتمامه فيها (قوله واعتمده فى الأشباه) قال فى أحكام الكتابة : منها وذكر القاضى ادعى عليه مالا وأخرج خطا وقال إنه خط المدعى عليه بهذا المال فأنكر أن يكون خطه فاستكتب فكتب وكان بين الخطين مشابهة ظاهرة دالة على أنهما خط كاتب واحد لايحكم عليه بالمال فى الصحيح لأنه لايزيد على أن يقول هذا خطى وأنا حررته ، لكن ليس علىّ هذا المال وثمة لايجب كذا هنا (قوله لكن فى شرح الوهبانية الخ) هذا قول القاضى النسفى ، والعامة على خلافه كما فى البحر ونصه : قال القاضى النسفى : إن كتب مصدرا مرسوما وعلم الشاهد حل له الشهادة على إقراره كما لو أقر كذلك ، وإن لم يقل اشهد علىّ به ، وعلى هذا إذا كتب للغائب على وجه الرسالة أما بعد ذلك فلك علىّ كذا يكون إقرارا لأن الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر فيكون متكلما والعامة على خلافه لأن الكتابة قد تكون للتجربة اهـ (قوله وفتاوى قارىء الهداية عبارتها) سئل : إذا كتب شخص ورقة بخطه إن فى ذمته لشخص كذا ثم ادعى عليه فجحد المبلغ واعترف بخطه ولم يشهد عليه . أجاب إذا كتب على رسم الصكوك يلزم المال ، وهو أن يكتب يقول فلان بن فلان الفلانى : إن فى ذمته لفلان بن فلان الفلانى كذا وكذا فهو إقرار يلزم به ، وإن لم يكتب على هذا الرسم فالقول قوله مع يمينه اهـ . ثم أجاب عن سؤال آخر نحوه بقوله : إذا كتب إقراره على الرسم المتعارف بحضرة الشهود فهو معتبر فيسع من شاهد كتابته أن يشهد عليه إذا جحده إذا عرف الشاهد ما كتب أو قرأه عليه ، أما إذا شهدوا أنه خطه من غير أن يشاهدوا كتابته لايحكم بذلك اهـ .

وحاصل الجوابين أن الحق يثبت باعترافه بأنه خطه أو بالشهادة عليه بذلك إذا عاينوا كتابته أو قرأه عليهم وإلا فلا ، وهذا إذا كان معنونا ، ثم لا يخفى أن هذا لا يخالف ما فى المتن ، نعم يخالف ما فى البحر عن البزازية فى تعليل المسألة بقوله لأنه لا يزيد على أن يقول هذا خطى وأنا حررته لكن ليس علىّ هذا المال وثمة لايجب كذا هنا . وقد يوفق بينهما بحمله على ما إذا لم يكن معنونا لكن هو قول القاضى النسفى كما فى البزازية ، وقد قدمنا أنه خلاف ما عليه العامة (قوله فراجع ذلك) أراد بذلك أن يبين أن المسألة التى أفتى بها قارىء الهداية غير مسألة قاضيخان ، فإن ما فى قاضيخان هو الذى ذكره المصنف كما وقفت عليه . والذى أفتى به قارى الهداية هو ما فى شرح الوهبانية والملتقط كما علمت .

. . . .

أقول : والحاصل أنه اضطرب كلامهم فى مسألة العمل بالخط . ولعله مبنى على اختلاف الرواية أو أن فيه قولين كما يشعر به التعبير بلفظ قالوا كما قدمناه ، والذى قدمناه عن البحر يفيد أن عامة علمائنا على عدم العمل بالخط ، وأشار العلامة البيرى إلى أن قولهم لا يعتمد على الخط ولا يعمل بمكتوب الوقف الذى عليه خطوط القضاة الماضين الخ يستثنى منه ما وجده القاضى فى أيدى القضاة الماضين وله رسوم فى دواوينهم ، ويشير إليه ما قاله فى الإسعاف من أن ذلك استحسان ، واستثنى أيضا فى الأشباه تبعا لما فى قاضيخان والبزازية وغيرهما خط السمسار والبياع والصراف وجزم به فى البحر وكذا فى الوهبانية . وحققه ابن الشحنة وكذا الشرنبلالى فى شرحها ، وأفتى به المصنف ونسبه العلامة البيرى إلى غالب الكتب ، قال حتى المجتبى حيث قال : وأما خط البياع والصراف والسمسار فهو حجة وإن لم يكن معنونا ظاهرا بين الناس . وكذلك ما يكتب الناس فيما بينهم يجب أن يكون حجة للعرف اه .

وفى خزانة الأكمل صراف كتب على نفسه بمال معلوم وخطه معلوم بين التجار وأهل البلد ثم مات فجاء غريم يطلب المال من الورثة وعرض خط الميت بحيث عُرف الناس خطه حكم بذلك فى تركته إن ثبت أنه خطه وقد جرت العادة بين الناس بمثله حجة اه ما قاله البيرى . ثم قال بعده . قال العلامة العينى : والبناء على العادة الظاهرة واجب ، فعلى هذا إذا قال البياع : وجدت فى ياركارى(١) أى دفتر بخطى أو كتبت ياركارى بيدى أن لفلان علىّ ألف درهم كان هذا إقرارا ملزما إياه .

قلت : ويزاد أن العمل فى الحقيقة إنما هو بموجب العرف لا بمجرد الخط ، والله تعالى أعلم وأقره الشارح فى باب كتاب القاضى إلى القاضى حيث قال : وفى الأشباه لا يعمل بالخط إلا فى مسألة كتاب الأمان ، ويلحق به البراءات ودفتر بياع وصراف وسمسارا الخ .

مطلب فى العمل بالدفاتر السلطانية

وكتب سيدى نقلا عن المحقق هبة الله البعلى فى شرحه على الأشباه ما نصه : تنبيه مثل البراءات السلطانية الدفتر الخاقانى المعنون بالطرة السلطانية فإنه يعمل به ، وللشارح رسالة فى ذلك حاصلها بعد أن نقل ما هنا من أنه يعمل بكتاب الأمان : ونقل جزم ابن الشحنة وابن وهبان بالعمل بدفتر الصراف والبياع والسمسار لعلة أمن التزوير كما جزم به البزازى والسرخسى وقاضيخان ، وأن هذه العلة فى الدفاتر السلطانية أولى كما يعرفه من شاهد أحوال أهاليها حين نقلها إذ لا تحرر أولا إلا بإذن السلطان ، ثم بعد اتفاق الجم الغفير على نقل ما فيها من غير تساهل بزيادة أو نقصان تعرض على المعين لذلك فيضع خطه عليها ثم تعرض على المتولى لحفظها المسمى بدفتر أمينى فيكتب عليها ثم تعاد أصولها إلى أمكنتها المحفوظة بالختم ، فالأمن من التزوير مقطوع به وبذلك كله يعلم جميع أهل الدولة والكتبة ، فلو وجد فى الدفاتر أن المكان الفلانى وقف على المدرسة الفلانية مثلا يعمل به من غير بينة وبذلك يفتى مشايخ الإسلام كما هو مصرح به فى بهجة عبد الله أفندى وغيرها فليحفظ اه .

---

(١) (قوله ياركارى) بالياء المثناة التحتيه والراء المهملة آخره راء مركب : معناه المذكر ، وهو هنا الدفتر . وفى بعض الايادكار الباعة . وفى بعض فى تذاكر الباعة اه منه .

(ولا يشهد على شهادة غيره ما لم يشهد عليه) وقيده فى النهاية بما إذا سمعه فى غير مجلس القاضى ، فلو فيه جاز وإن لم يشهده شرنبلالية عن الجوهرة . ويخالفه تصوير صدر الشريعة وغيره، وقولهم لابد من التحميل وقبول التحميل وعدم النهى بعد التحميل على الأظهر ، نعم الشهادة بقضاء القاضى صحيحة

فالحاصل أن للدار على انتفاء الشبهة ظاهرا ، وعليه فما يوجد فى دفاتر التجار فى زماننا إذا مات أحدهم وقد حرر بخطه ما عليه فى دفتره الذى يقرب من اليقين أنه لا يكتب فيه على سبيل التجربة والهزل يعمل به والعرف جار بينهم بذلك ، فلو لم يعمل به لزم ضياع أموال الناس إذ غالب بياعاتهم بلا شهود ، فلهذه الضرورة نجزم به الجماعة المذكورون وأئمة بلخ كما نقله فى البزازية ، وكفى بالإمام السرخسى وقاضيخان قدوة وقد علمت أن هذه المسألة مستثناة من قاعدة أنه لايعمل بالخط ، فلا يرد ما مر من أنه لا تحل الشهادة بالخط على ما عليه العامة ، ويدل عليه تعليلهم بأن الكتابة قد تكون للتجربة ، فإن هذه العلة فى مسألتنا منتفية ، واحتمال أن التاجر يمكن أن يكون قد دفع المال وأبقى الكتابة فى دفتره بعيد جدا ، على أن ذلك الاحتمال موجود، ولو كان بالمال شهود فإنه يحتمل أنه قد أوفى المال ولم يعلم به الشهود . ثم لا يخفى أنا حيث قلنا بالعمل بما فى الدفتر فذاك فيما عليه كما يدل عليه ما قدمناه عن خزانة الأكمل وغيرها . أما فيما له على الناس فلا ينبغى القول به ، فلو ادعى بمال على آخر مستندا لدفتر نفسه لا يقبل لقوة التهمة الكل من التنقيح لسيدى الوالد ملخصا ، وتمامه فيه ، وانظر ما قدمه فى كتاب القاضى (قوله ولا يشهد على شهادة غيره) ولو سمعه يشهد غيره فإنه لايسعه أن يشهد لأنه حمل غيره ط (قوله ما لم يشهد عليه) أى مالم يقل له الشاهد اشهد على شهادتى. قال فى البحر : ولو قال المؤلف كما فى الهداية ما لم يشهد عليها لكان أولى من قوله عليه لما فى الخزانة: لوقال اشهد علىّ بكذا أو أشهد على ما شهدت به كان باطلا ولابد أن يقول اشهد على شهادتى إلى آخره اه (قوله فلو فيه جاز) لأنها حينئذ ملزمة والتعليل يفيد أن القاضى قضى بها حموى ، لكن قال سيدى : والظاهر أن المراد من كونها ملزمة : أى للقاضى الحكم بها ، إذ لا يجوز له تأخير الحكم إلا فى مواضع تقدمت فى القضاء كما صرح به فى النهاية وفتح القدير وتبعهم الشارح .

أقول : وحينئذ لايلزم ما أفاده التعليل من قضاء القاضى بها بالفعل (قوله ويخالفه تصوير صدر الشريعة) حيث قال : سمع رجل أداء الشهادة عند القاضى لم يسع له أن يشهد على شهادته اهـ ح فإن حمل ذلك على أنه قبل القضاء به ارتفعت المنافاة ط .

أقول : وهو مؤيد لما قلناه آنفا فى القولة التى قبل هذه (قوله وقولهم) عطف على تصويره أى ويخالفه قولهم ووجه المخالفة الإطلاق وعدم تقييد الاشتراط بما إذا كانت عند غير القاضى (قوله لابد من التحميل) مصدر فعل المضعف فى المواضع الثلاثة ح (قوله وقبول التحميل) فلو أشهده عليها فقال لا أقبل فإنه لايصير شاهدا ، حتى لو شهد بعد ذلك لا تقبل كما فى القنية ، وينبغى أن يكون هذا على قول محمد من أنه توكيل ، وللوكيل أن لا يقبل . وأما على قولهما من أنه تحميل فلا يبطل بالرد لأن من حمل غير شهادة لم تبطل بالرد بحر (قوله على الأظهر) وهو قول العامة ، لما فى الخلاصة معزيا إلى الجامع الكبير : لو حضر الأصيلان ونهيا الفروع عن الشهادة صح النهى عند عامة المشايخ . وقال بعضهم لا يصح ، والأول أظهر اهـ بحر . قال ط : وجه المخالفة أن الأولين لم يوجدا ، لأن الشاهد عند القاضى لم يحمل السامع والسامع لم يقبل .

وقد يقال : إن هذا بمنزلة الشهادة بالحكم نفسه لكونها بعد القضاء بها . ويقال فى الثانى أيضا إن

وإن لم يشهدهما القاضي عليه : وقيده أبو يوسف بمجلس القضاء وهو الأحوط ذكره في الخلاصة (كفى) عدل (واحد) في اثنى عشر مسألة على ما في الأشباه: منها إخبار القاضي بإفلاس المحبوس بعد المدة و (للتزكية) أى تزكية السر. وأما تزكية العلانية فشهادة إجماعا

اشتراطه قول محمد لا قولهما فليتأمل اه (قوله وإن لم يشهدهما القاضي عليه) أى فتحمل عبارة النهاية السابقة على أنه سمعه فى مجلس القاضي وحكم القاضي بشهادته فيشهد بحكم القاضى إلا بشهادة الشاهد لأن الشهادة على الحكم لا تحتاج إلى الإشهاد والشهادة على الشهادة تحتاج إليه بلا قيد كما هو صريح عبارة صدر الشريعة حيث قال : سمع رجل أداء الشهادة عند القاضى لا يسعه أن يشهد على شهادته أفاده د (قوله وقيده أبو يوسف الخ) فيه تأمل ، فإن القاضى لا يجوز له قضاء فى غير مجلس قضائه إذا كان معينا له . فلو كان هذا الخلاف فيما إذا سمعا القاضى يشهد على قضائه لكان أظهر .

وفى حاشية الشلبى عن الكاكى : لو سمع قاضيا يشهد قوما على قضائه كان للسامع أن يشهد على قضائه بغير أمره لأن قضاء القاضى حجة ملزمة ، ومن عاين حجة حل له الشهادة بها ؛ كما لو عاين الإقرار والبيع اه لكن قد سبق أن القاضى إذا حكم فى غير نوبة القضاء وأجازه فيها صح فتدبر ط (قوله كفى عدل واحد) قيد بالعدل لأن خبر المستور لا يقبل فى هذه الأشياء وإن كان اثنين ، وكذا الديانات كطهارة الماء ونجاسته وحل الطعام وحرمته . ويقبل خبر العدل أو المستورين فى عز الوكيل وحجر المأذون وإخبار البكر بإنكاح وليها وإخبار الشفيع بالبيع والمسلم الذى لم يهاجر (قوله فى اثنى عشر مسألة(١)) منها الأحد عشر الآتية فى النظم قال فيها : وزدت أخرى : يقبل قول أمين القاضى إذا أخبره شهادة شهود على عين تعذر حضورها كما فى دعوى القنية أشباه (قوله منها إخبار القاضى) من إضافة المصدر لمفعوله أى إخبار للعدل القاضى والأولى حذفه للاستغناء عنه بما نقله من النظم ، ومعناه أن القاضى إذا حبس شخصا فى مال عوض عن مال وقد ادعى أنه معسر فإنه لا يصدقه ويحبسه مدة يراها ، فإذا أخبره عدل بعد هذه المدة بإفلاسه فإنه يقبل خبره ويطلقه ط (قوله بعد المدة) أى بعد أن حبسه القاضى مدة يعلم من حاله أنه لو كان له مال لقضى دينه ولم يصبر على ذل الحبس كما تقدم مدنى (قوله أى تزكية السر) عندهما . ورتب محمد تزكيته على مراتب الشهادة الأربعة المتقدمة فالمزكى فى كل مرتبة مثل الشاهد شرنبلالية : أى يشترط فى تزكية الزنا أربعة ذكور ، وفى غيره من الحدود والقصاص رجلال ، وفى غيرهما من الحقوق رجلان أو رجل وامرأتان ، وفيما لا يطلع عليه الرجال امرأة واحدة ترتيبها على ترتيب الشهادة لأنها كالشهادة وبه قالت الثلاثة ، ومحل الاختلاف ما إذا لم يرض الخصم بتزكية واحد فإن رضى الخصم بتزكية واحد فزكى جاز إجماعا بحر عن الولوالجية (قوله وأما تزكية العلانية فشهادة إجماعا) الأحسن ما فى البحر حيث قال : وقيدنا بتزكية السر للاحتراز عن تزكية العلانية فإنه يشترط لها جميع ما يشترط فى الشهادة من الحرية والبصر وغير ذلك إلا لفظ الشهادة إجماعا لأن معنى الشهادة فيها أظهر فإنها تختص بمجلس القضاء ، وكذا يشترط العدد فيها على ما قاله الخصاف اه . ويشترط فى المزكى علانية عدم العداوة للمدعى عليه ، فلو زكى أعداء المدعى عليه الشهود لا تصح التزكية لأنها شهادة كما صرح به فى التنقيح .

وفى البحر أيضا : وخرج من كلامه تزكية الشاهد بحد الزنا ، فلابد فى المزكى فيها من أهلية الشهادة والعدد الأربعة إجماعا ، ولم أر الآن حكم تزكية الشاهد ببقية الحدود ، ومقتضى ما قالوه اشتراط رجلين لها اه.

---

(١) (قوله فى اثنى عشر مسألة) كذا بالشرح وتبعه الطحطاوى ، والصواب اثنتى عشرة مسألة اه مصححه .

(وترجمة الشاهد) والخصم (والرسالة) من القاضى إلى المزكى والإثنان أحوط ، وجاز تزكية عبد وصبى ووالد .
وقد نظم ابن وهبان منها أحد عشر فقال :

ويقبل عدل واحد فى تقوّم ... وجرح وتعديل وأرش يقدر
وترجمة والسلم هل هو جيـــد ... وإفلاسه الإرسال والعيب يظهر
وصوم على ما مر أو عند علة ... وموت إذا للشاهدين يخبر

قال الدمياطى : أما قوله إجماعا ففيه تأمل لأنه لم يسبقه خلاف يقابل به الإجماع .
قال فى البحر : وينبغى للقاضى أن يختار فى مزكى الشهود من هو أخبر بأحوال الناس وأكثرهم اختلاطا بالناس مع عدالته عارفا بما يكون جرحا وما لا يكون غير طماع ولا فقير كى لا يخدع بالمال ، فإن لم يكن فى جيرانه ولا أهل سوقه من يثق به اعتبر تواتر الأخبار ، وخص فى البزازيه السؤال من الأصدقاء اهـ (قوله وترجمة الشاهد) فيشترط أن لا يكون المترجم أعمى عند الإمام ، وهذا إذا لم يعرف القاضى لغته ، فإن كان عارفا بلسان الشاهد والخصم لم يجز ترجمة الواحد . والأولى أن يقال : لا يحتاج القاضى إلى ترجمة . وذكر بعضهم أن الأولى كون القاضى عارفا باللغة التركية ، واتخاذ المترجم وقع فى الجاهلية والإسلام . ولما جاء سلمان للنبى صلى الله تعالى عليه وسلم ترجم يهودى كلامه فخان فيه فنزل جبريل عليه السلام بحديث طويل وأمر رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم زيد بن ثابت أن يتعلم العبرانية فكان يترجم بها . وفى المصباح : ترجم فلان كلامه إذا بينه وأوضحه . وترجم كلام غيره : إذا عبر عنه بلغة غير لغة المتكلم ، واسم الفاعل ترجمان بفتح التاء ، وضم الجيم فى الفصيح وقد تضم التاء تبعا للجيم وقد تفتح الجيم تبعا للتاء والجمع تراجم بكسر الجيم : والتزكية : المدح . قال فى الصحاح : زكى نفسه تزكية مدحها اهـ (قوله والخصم) هو أعم من المدعى والمدعى عليه (قوله من القاضى) وكذا من المزكى إلى القاضى كما فى الفتح أى فيكفى العدل الواحد للتزكية والترجمة والرسالة لأنها خبر وليست بشهادة حقيقة . ولذا جوّزوا تزكية العبد والمرأة والأعمى والمحدود فى القذف إذا تاب ، وكذا تزكية من لا تقبل شهادته له كتزكية أحد الزوجين للآخر وتزكية الوالد لولده وبالعكس كما فى العينى وصدر الشريعة (قوله وجاز تزكية عبد) أى لمولاه (قوله ووالد) لولده وعكسه وأحد الزوجين للآخر (قوله فى تقوّم) أى تقوم الصيد الذى أتلفه المحرم ، وكذا فى متلف ، بأن كسر شخص لشخص شيئا فادعى أن قيمته مبلغ كذا فأنكر المدعى عليه أن يكون ذلك القدر فيكفى فى إثبات قيمته قول العدل الواحد . وذكر فى البزازية من خيار العيب أنه يحتاج إلى تقويم عدلين لمعرفة النقصان فيحتاج إلى الفرق بين التقويمين ، ويستثنى من كلامه تقويم نصاب السرقة فلابد فيه من اثنين كما فى العناية ط (قوله وأرش يقدر) أى فى نحو الشجاج (قوله والسلم) بسكون اللام للضرورة بمعنى المسلم فيه ح : أى إذا اختلفا فيه بعد إحضاره بحر (قوله وإفلاسه) أى إذا أخبر القاضى عدل بإفلاس المحبوس بعد مضى المدة أطلقه مكتفيا به حموى (قوله الإرسال) أى رسول القاضى للمزكى (قوله والعيب يظهر) أى إذا اختلف البائع والمشترى فى إثبات العيب يكتفى فى إثباته بقول عدل ، ويظهر من الإظهار(١) ضميره إلى العدل والعيب مفعول مقدم (قوله وصوم على ما مر) أى من رواية الحسن أنه يقبل العدل الواحد فى الصوم بلا علة (قوله أو عند علة) من غيم أو غبار ونحوه على ظاهر المذهب (قوله وموت) أى موت الغائب (قوله إذ للشاهدين يخبر) أى إذا شهد عدل عند رجلين على

---

(١) أى من باب الإفعال مزيد الثلاثى بهمزة اهـ منه ،

(والتزكية للذمى) تكون (بالأمانة فى دينه ولسانه ويده وأنه صاحب يقظة) فإن لم يعرفه المسلمون سألوا عنه عدول المشركين اختيار .

وفى الملتقط : عدل نصرانى ثم أسلم قبلت شهادته ، ولو سكر الذمى لا تقبل .

(ولا يشهد من رأى خطه ولم يذكرها) أى الحادثة (كذا القاضى والراوى) لمشابهة الخط للخط

موت رجل وسعهما أن يشهدا على موته (قوله والتزكية للذمى الخ) وهل يكفى فيه تزكية الكافر الواحد يحرر حموى .

أقول : مقتضى ما مر فى تزكية السر أنها تقبل لأن المزكى فى كل مرتبة مثل الشاهد . وحيث قبل الأصل فالمزكى مثله من باب أولى على ما ظهر لى فتأمله (قوله بالأمانة فى دينه) بأن يكون محافظ على ما يعتقده شريعة على ما هو الظاهر ط (قوله ولسانه) بأن لم يعهد عليه كذب (قوله ويده) لعل المراد بها المعاملة ، أو أن لا يكون سارقا ط (قوله وأنه صاحب يقظة) أى ليس بمغفل ولا معتوه (قوله سألوا عنه عدول المشركين) قال أبو السعود : من هنا يعلم أن العدالة لا تستلزم الإسلام اه أى فى حق الكافر ، والأولى أن يقول سأل : أى القاضى .

وفى البحر يسأل : أى القاضى عن شهود الذمة عدول المسلمين وإلا سأل عنهم عدول الكفار ، كذا فى المحيط والاختيار (قوله عدل) بالبناء للمفعول (قوله قبلت شهادته) ولا يحتاج إلى تعديل جديد بعد الإسلام بخلاف الصبى الذى احتلم فإنه لا يقبل القاضى شهادته ما لم يسأل عنه أهل محلته ويتأنى بقدر ما يقع فى قلوب أهل مسجده كما فى الغريب أنه صالح أو غيره كما قدمناه عن البحر والظهيرية (قوله ولو سكر الذمى لا تقبل) لأن السكر من المحرمات التى ذكرت فى الإنجيل فيكون بذلك فاسقا فى دينه (قوله ولا يشهد من رأى خطه الخ) أى لا يحل للشاهد إذا رأى خطه أن يشهد حتى يتذكر ، وكذا القاضى إذا وجد فى ديوانه مكتوبا شهادة شهود ولا يتذكر ، ولا للراوى أن يروى اعتمادا على ما فى كتابه مالم يتذكر ، وهو قول الإمام فلابد عنده للشاهد من تذكره الحادثة والتاريخ ومبلغ المال وصفته ، حتى إذا لم يتذكر شيئا منه وتيقن أنه خطه وخاتمه لا ينبغى له أن يشهد ، وإن شهد فهو شاهد زور كذا فى الخلاصة : ولا يكفى تذكر مجلس الشهادة . وفى الملتقط : وعلى الشاهد أن يشهد وإن لم يعرف مكان الشهادة ووقتها اه وجوز محمد للكل الاعتماد على الكتاب إذا تيقن أنه خطه وإن لم يتذكر توسعة على الناس . وجوّزه أبو يوسف للراوى والقاضى دون الشاهد .

وفى الخلاصة : أن أبا حنيفة ضيق فى الكل حتى قلت روايته الأخبار مع كثرة سماعه فإنه روى أنه سمع من ألف ومائتى رجل غير أنه يشترط الحفظ وقت السماع وفى وقت الرواية اه ومحل الخلاف فى القاضى إذا وجد قضاءه مكتوبا عنده . وأجمعوا أن القاضى لايعمل بما يجده فى ديوان قاض آخر وإن كان مختوما كذا فى الخلاصة .

وقال شمس الأئمة الحلوانى : ينبغى أن يفتى بقول محمد وهكذا فى الأجناس . وجزم فى البزازية . وفى المبتغى من وجد خطه وعرفه ونسى الشهادة وسعه أن يشهد إذا كان فى حوزه وبه نأخذ اه وعزاه فى البزازية إلى النوازل بحر .

قال سيدى الوالد ناقلا عن الجوهرة من أن عدم حل الشهادة إذا رأى خطه ولم يتذكر الحادثة هو قولهما . وقال أبو يوسف ، يحل له أن يشهد .

وجوازه لو فى . وزه وبه نأخذ بحر عن المبتغى .
(ولا) يشهد أحد (بما لم يعاينه) بالإجماع (إلا فى) عشرة على ما فى شرح الوهبانية : منها العتق والولاء عند الثانى

وفى الهداية محمد مع أبى يوسف . وقيل لا خلاف بينهم فى هذه المسألة أنهم متفقون على أنه لا يحل له أن يشهد فى قول أصحابنا جميعا إلا أن يتذكر الشهادة . وإنما الخلاف بينهم فيما إذا وجد القاضى شهادة فى ديوانه لأن ما فى قمطره تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فحصل له العلم ولا كذلك الشهادة فى الصك لأنها فى يد غيره . وعلى هذا إذا ذكر المجلس الذى كانت فيه الشهادة أو أخبره قوم ممن يثق بهم أنا شهدنا نحن وأنت كذا فى الهداية .

وفى البزدوى : الصغير إذا استيقن أنه خطه وعلم أنه لم يرد فيه شىء بأن كان مخبوءا عنده أو علم بدليل آخر أنه لم يزد فيه لكن لا يحفظ ما سمع . فعندهما لا يسعه أن يشهد . وعن أبى يوسف يسعه . وما قاله أبو يوسف هو المعمول به . وقال فى التقويم قولهما هو الصحيح اه ما نقله سيدى الوالد رحمه الله تعالى . ثم إن الشاهد إذا اعتمد على خطه على القول المفتى به وشهد وقلنا بقبوله فللقاضى أن يسأله هل شهد عن علم أو عن خط إن قال عن علم قبله ، وإن قال عن الخط لا كما فى البحر . وظاهر كلام المؤلف كمسكين أن الصاحبين متفقان ، وقد علمت ما قدمناه ، ونحوه فى العينى والزيلعى . قال أبو السعود : ويمكن دفع التنافى بأن عن الثانى روايتين (قوله وجوازه اوفى حوزه وبه نأخذ) تقدم فى كتاب القاضى عن الخزانة أنه يشهد وإن لم يكن الصك فى يد الشاهد لأن التغير نادر وأثره يظهر فراجعه . ورجح فى الفتح ما ذكره الشيخ وذكر اه حكاية تؤيده (قوله بما لم يعاينه) أى بما لم يقطع به من جهة المعاينة بالعين أو بالسماع ط عن الكمال . ومثال الثانى العقود (قوله إلا فى عشرة) كلها مذكورة هنا متنا وشرحا آخرها قول المتن ومن فى يده شىء الخ ح .

قلت : بل العاشر قوله وشرائطه . وفى الطبقات السنية للتميمى فى ترجمة إبراهيم بن إسحق من نظمه :

افهم مسائل ستة واشهد بها ... من غير رؤياها وغير وقوف
نسب وموت والولاد وناكح ... وولاية القاضى وأصل وقوف

(قوله منها العتق) ذكر السرخسى أن الشهادة بالسماع فى العتق لا تقبل بالإجماع . وذكر شيخه الحلوانى أن الخلاف ثابت فيه . فعن أبى يوسف الجواز فالمعتمد عدم القبول فيه كالذى بعده . وفى البحر شرط الخصاف للقبول فى العتق عند أبى يوسف أن يكون مشهورا وللعتق أبوان أو ثلاثة فى الإسلام ، ولم يشترطه محمد فى المبسوط . وفى شرح العلامة عبد البر : التاسعة الشهادة فى العتق قالوا : لا يحل عندنا خلافا للشافعى . ثم نقل عن الحلوانى ما تقدم .

قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى فى تنقيحه : والعبد إذا ادعى حرية الأصل ثم العتق العارض تسمع . والتناقض لا يمنع الصحة . وفى حرية الأصل لا تشترط الدعوى . وفى الإعتاق المبتدأ تشترط الدعوى عند أبى حنيفة : وعندهما ليس بشرط . وأجمعوا على أن دعوى الأمة ليس بشرط خلاصة أى لأنها شهادة بحرية أمة فهى شهادة بحرمة الفرج وتمامه فيه (قوله والولاء عند الثانى) أى فى القول الأخير له . والقول الأول له كالإمام أنها لا تحل ما لم يعاين إعتاق المولى . وقول محمد مضطرب . والظاهر أن المعتمد قول الإمام لعدم تصحيح قول الثانى . على أن بعضهم جعل ذلك رواية عنه لا مذهبا . والدليل للإمام كما فى الزيلعى أن العتق

ينبنى على زوال الملك ولابد فيه من المعاينة فكذا ما ينبنى عليه ط (قوله والمهر على الأصح) أى من روايتين عن محمد لأنه من توابع النكاح فكان كأصله . قال فى البحر : ومن ذلك المهر ، فظاهر التقييد أنه لا تقبل فيه به ، ولكن فى البزازية والظهيرية والخزانة أن فيه روايتين والأصح الجواز اه ومثله فى الخلاصة والشرنبلالية ، فإن حمل ما فى هذه الكتب على أن الروايتين عن محمد فلا منافاة ط . قال فى جامع الفصولين : الشهادة بالسماع من الخارجين من بين جماعة حاضرين فى بيت عقد النكاح بأن المهر كذا تقبل لاممن سمع من غيرهم اه (قوله والنسب) سواء جاز بينهما النكاح أولا بحر ، فجاز أن يشهد أنه فلان بن فلان الفلانى من سمع من جماعة لايتصور تواطؤهم على الكذب عند الإمام وإن لم يعاين الولادة . وعندهما إذا أخبره بذلك عدلان يكفى ، والفتوى على قولهما كما فى شرح الوهبانية عن العمادية .

وفى التتارخانية عن المحيط : وإذا قدم عليه رجل من بلد آخر وانتسب إليه وأقام معه دهرا لم يسعه أن يشهد على نسبه حتى يشهد له رجلان من أهل بلده عدلان أو يكون النسب مشهورا .

وذكر الخصاف هذه المسألة وشرط لجواز الشهادة شرطين : أن يشتهر الخبر . والثانى أن يمكث فيهم سنة فإنه قال لايسعهم أن يشهدوا على نسبه حتى يقع معرفة ذلك فى قلوبهم وذلك بأن يقيم معهم سنة وإن وقع فى قلبه معرفة ذلك قبل مضى السنة لايجوز أن يشهد . روى عن أبى يوسف أنه قدر ذلك بستة أشهر . والصحيح أنه إذا سمع من أهل بلده من رجلين عدلين حل له أداء الشهادة وإلا فلا ، أما إذا سمع ذلك ممن سمع من المدعى لايحل له أن يشهد وإن اشتهر ذلك فيما بين الناس ، لكنه إن شهد عنده جماعة حتى تقع الشهرة حقيقة وعرف ووقع عنده أنه ثابت النسب من فلان أو شهد عنده عدلان حتى ثبت الاشتهار شرعا حل له أن يشهد اه .

وفى البحر عن البزازية : وفى دعوى العمومة لابد أن يفسر أنه عمه لأمه أو لأبيه أولهما ، ويشترط أن يقول هو وارثه لاوارث له غيره ، فإن برهن على ذلك أو على أنه أخو الميت لأبويه لايعلمون أن له وارثا غيره يحكم له بالمال ، ولا يشترط ذكر الأسماء فى الأقضية(١) إلى أن قال ادعى على آخر أنه أخوه لأبيه ، إن ادعى إرثا أو نفقة وبرهن يقبل ويكون قضاء على الغائب أيضا ، حتى لو حضر الأب وأنكر لاتقبل ولا يحتاج إلى إعادة البينة لأنه لايتوصل إليه إلا بإثبات الحق على الغائب ، وإن لم يدع مالا بل ادعى الأخوة المجردة لايقبل لأن هذا فى الحقيقة إثبات البنوة على الأب المدعى عليه والخصم فيه هو الأب لاالأخ ، وكذا لو ادعى أنه ابن ابنه أو أبو أبيه والابن والأب غائب أو ميت لايصح مالم يدع مالا ، فإن ادعى مالا فالحكم على الحاضر والغائب جميعا بخلاف ماإذا ادعى على رجل أنه أبوه أو ابنه أو على امرأة أنها زوجته أو ادعت عليه أنه زوجها أو ادعى العبد على عربى أنه مولاه عتاقة أو ادعى عربى على آخر أنه معتقه أو ادعت على رجل أنها أمته أو كان الدعوى فى ولاء الموالاة وأنكره المدعى عليه فبرهن المدعى على ماقال يقبل ادعى به حقا أولا ، بخلاف دعوى الأخوة لأنه دعوى الغير ألا ترى أنه لو أقر أنه أبوه أو ابنه أو زوجه أو زوجته صح أو بأنه أخوه لالكونه حمل النسب على الغير وتمامه فيها .

---

(١) (قوله ولا يشترط ذكر الأسماء فى الأقضية) قال الرملى : وفى آخر الفصل الثانى من جامع الفصولين فى دعوى الحكم بلا تسمية القاضى بعد كلام قدمه : فالحاصل أنه فى دعوى الفعل والشهادة على الفعل هل تشرط تسمية الفاعل ؟ فيه اختلاف المشايخ رحمهم الله تعالى ، وأدلة الكتب فيها متعارضة ثم ذكر مسائل وقال : وهذه المسائل كلها تدل على أن تسمية الفاعل ليست بشرط لصحة الدعوى والشهادة فتأمل عند الفتوى اه منه .

والموت

وحاصل ماينفعنا هنا أن الشهود إذا شهدوا بنسب فإن القاضى لايقبلهم ولا يحكم به إلا بعد دعوى مال إلا فى الأب والابن اه وأراد بدعوى المال النفقة أو الإرث أو دعوى الاستحقاق فى الوقف والوصية ونحوها سيأتى الوالد رحمه الله تعالى .

وقال فى البحر : ثم اعلم أن القضاء بالنسب مما لايقبل النقض لكونه على الكافة كالنكاح والحرية والولاء كما فى الصغرى . وقد كتبنا فى الفوائد أن القضاء على الكافة فى هذه الأربعة . لكن يستثنى من النسب ما فى المحيط من باب الشهادة بالتسامع : شهدا أن فلان بن فلان مات وهذا ابن أخيه ووارثه قضى بالنسب والإرث ثم أقام آخر البينة أنه ابن الميت ووارثه ينقض الأول ويقضى للثانى لأن الابن مقدم على ابن الأخ . ولا تنافى بين الأول والثانى لجواز أن يكون له ابن وابن أخ فينقض القضاء فى حق الميراث لافى حق النسب(١) حتى يبقى الأول وابن عم له حتى يرث منه إذا مات ولم يترك وارثا آخر أقرب منه . فإن أقام آخر البينة أن الميت فلان بن فلان ونسبه إلى أب آخر غير الأب الذى نسبه إلى الأول فإنه ينظر . إن ادعى ابن أخيه لاينقض القضاء الأول لأنه لما أثبت نفسه من الأول خرج عن أن يكون محلا لإثباته فى إنسان آخر . وليس فى البينة الثانية زيادة إثبات إلى آخر ماذكره والمراد بقوله من يثق به غير الخصم . إذ لو أخبره رجل أنه فلان بن فلان لايسعه أن يعتمد على خبره ويشهد بنفسه . لأنه لو جاز له ذلك جاز للقاضى القضاء بقوله كذا فى خزانة المفتين . وشرط فيها للقبول فى النسب أن يخبره عدلان من غير استشهاد الرجل . فإن أقام الرجل شاهدين عنده على نسبه لايسعه أن يشهد اه (قوله والموت) فإذا سمع من الناس أن فلانا مات وسعه أن يشهد على ذلك وإن لم يعاين الموت ، وللزوجة أن تعمل بالسماع .

قال فى البزازية : قال رجل لامرأة : سمعت أن زوجك مات لها أن تتزوج إن كان المخبر عدلا اه . ولو شهد رجل بالموت وآخر بالحياة فالمرأة تأخذ بقول من كان عدلا منهما سواء كان العدل أخبر بالحياة أو الموت ، ولو كان كلاهما عدلين تأخذ بقول من يخبر بالموت إن لم يؤرخا ، فإن أرخا وتأخر تاريخ شهادة الحياة فهى أولى كما فى الظهيرية وغيرها .

وفى المحيط . لو جاء خبر موت إنسان فصنعوا له مايصنع على الميت لم يسعه أن يخبر بموته حتى يخبره ثقة أنه عاين موته لأن المصائب قد تتقدم على الموت إما خطأ أو غلطا أو حيلة لقسمة المال اه ، ولو قال المخبر إنا دفناه وشهدنا جنازته تقبل لأنها تكون شهادة على الموت . لكن قال فى جامع الفصولين من الفصل الثانى عشر : لو أخبرها عدل أن زوجها مات أو طلقها ثلاثا فلها التزوج . ولو أخبرها فاسق تحرت ، وفى أخبار العبد بموته إنما يعتمد على خبره لو قال عاينته ميتا أو شهدت جنازته لالو قال أخبرنى مخبر به اه .

قال فى البزازية : ولو أخبر واحد بموت الغائب واثنان بحياته . إن كان المخبر عاين الموت أو شهد جنازته وعدل لها أن تتزوج ، هذا إذا لم يؤرخا أو أرخا وكان تاريخ الموت آخرا . وإن كان تاريخ الحياة آخرا فشاهد الحياة أولى . وفى وصايا عصام : شهدا بأن زوجها فلانا مات أو قتل وآخر على الحياة فالموت أولى اه . قال فى البحر : وظاهر إطلاقه فى الموت أنه لافرق فى الموت بين أن يكون مشهورا أولا ، وقيده فى المعراج معزيا إلى رشيد الدين فى فتاواه بأن يكون عالما أو من العمال . أما إذا كان تاجرا أو مثله فإنها لاتجوز إلا بالمعاينة اه .

---

(١) (قوله فينقض القضاء فى حق الميراث لافى حق النسب) هذا مناف لقوله لكن يستثنى من النسب الخ اه منه .

والنكاح والدخول بزوجته (وولاية القاضي وأصل الوقف)

قال العلامة عبد البر : ولا نظفر بهذه الرواية فى شىء من الكتب فى غير فتاواه اه ومثله فى جامع الفصولين . قال ط : فكأنه لم يسلم له هذا القيد لأنه لم يستند إلى نص اه فتأمل. قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى فى التنقيح عازيا لصور المسائل : والنسب والنكاح يخالف الموت ، فإنه لو أخبره بالموت رجل أو امرأة حل له أن يشهد ، وفى غيره لابد من إخبار عدلين . وأما فى الموت فإنه يكفى فيه العدل ولو أنثى هو المختار ، إلا أن يكون المخبر منهما كوارث وموصى له ، كما فى شرح الوهبانية شرح الملتقى للعلائى من الشهادة : شهد أنه شهد أى حضر دفن زيد أو صلى عليه فهو معاينه ، حتى لو فسر للقاضى يقبله إذ لا يدفن إلا الميت ولا يصلى إلا عليه درر آخر الشهادات اه والقتل كالموت فيترتب عليه أحكامه .من جواز إعتداد المرأة إذا أخبرت بقتله كونه للتزوج كما نبه عليه العلامتان صاحب البحر والمقدسى لامن جهة ترتب القصاص (قوله والنكاح) فلمن سمع به من جمع عند الإمام وعدلين عندهما أن يشهد به قهستانى .

وفى القنية : نكاح حضره رجلان ثم أخبر أحدهما جماعة أن فلانا تزوج فلانة بإذن وليها والآن يجحد هذا الشاهد يجوز للسامعين أن يشهدوا على ذلك . وفى العمادية وكذا تجوز الشهادة بالشهرة والتسامع فى النكاح ، حتى لو رأى رجلا يدخل على امرأة وسمع من الناس أن فلانة زوجة فلان وسعه أن يشهد أنها زوجته وإن لم يعاين عقد النكاح اه ويشهد من رأى رجلا وامرأة بينهما انبساط الأزواج أنها عرسه اه درر .

وفى الخلاصة : إذا شهد تعريسه وزفافه أو أخبره بذلك عدلان حل له أن يشهد أنها امرأته . قال فى جامع الفصولين : الشهرة الشرعية أن يشهد عنده عدلان أو رجل وامرأتان بلفظ الشهادة من غير استشهاد ويقع فى قلبه أن الأمر كذلك ، ومثله فى الظهيرية (قوله والدخول بزوجته) فإنها تقبل بالسماع . ذكر فى الخلاصة خلافا فى الدخول ، ففى فوائد أستاذنا ظهير الدين : لا يجوز لهم أن يشهدوا على الدخول بالمنكوحة بالتسامع ، ولو أراد أن يثبت الدخول يثبت الخلوة الصحيحة اه لكن أفاد العلامة عبد البر أنها تقبل بالسماع ، ويترتب على قبولها أحكام كالعدة والمهر والنسب اه (قوله وولاية القاضى) أى كونه قاضيا فى ناحية كذا فإنه لو سمعه من الناس جاز أن يشهد به قهستانى وإن لم يعاين تقليد الإمام اه عبدالبر . وفى البحر وظاهر مافى المعراج أن الأمير كالقاضى فيزاد الإمرة اه وصرح به فى البزازية حيث قال : وكذا يجوز الشهادة على أنه قاضى بلد كذا أو والى بلد كذا وإن لم يعاين التقليد والمنشور اه وصرح به فى الخلاصة أيضا : قال فى البحر : وكذا إذا رأى شخصا جالسا مجلس الحكم يفصل الخصومات جاز له أن يشهد على أنه قاض .

مطلب إذا لم يكن الوقف قديما لابد من ذكر واقفه فى الشهادة عليه

(قوله وأصل الوقف) بأن يشهد أن هذا وقف على موضع أو جماعة كذا ، وهل ذكر المصرف شرط ؟ فى الكافى عن المرغينانى نعم . وفى الخزانة : لا يشترط على المختار إن كان وقفا قائما ينصرف إلى الفقراء . وذكر الشيخ ظهير الدين المرغينانى : إذا لم يكن الوقف قديما لابد من ذكر واقفه ط . وفى فتاوى قارىء الهداية : صورة الشهادة بالتسامع على أصل الوقف أن يشهدوا أن فلانا وقفه على الفقراء أو على القراء أو على أولاده من غير أن يتعرضوا إنه شرط فى وقفه كذا وكذا ، فإن شهدوا على شرط الواقف وأنه قال للجهة الفلانية كذا وللجهة الفلانية كذا فلا تسمع بالتسامع على شروط الواقف ، لأن الذى يشتهر إنما هو أصل الوقف وأنه على الجهة الفلانية أما الشروط فلا تشتهر فلا تجوز الشهادة على الشروط بالتسامع اه وتقدم فى الوقف أنه تقبل الشهادة فيه من غير

قيل وشرائطه على المختار كما مر فى بابه (و) أصله (هو كل ما تعلق به صحته وتوقف عليه)

بيان الواقف لو قديما عند أبى يوسف وأن الفتوى عليه فراجعه ، وهذا بالنسبة لنفس الوقف . أما الدعوى به بأن ادعى أن هذه الأرض وقف وقفها فلان علىّ وذو اليد يجحد ويقول هى ملكى فيشترط بيان الواقف وأنه وقفه وهو يملكه (قوله قيل وشرائطه على المختار) قال الطحطاوى : ولا وجه لذكر قيل فإنهما قولان مصححان .

قال فى البحر : وفى الفصول العمادية من العاشر : المختار أن لاتقبل الشهادة بالشهرة على شرائط الوقف اه وفى المجتبى : المختار أن تقبل على شرائط الوقف اه واعتمده فى المعراج، وأقره الشرنبلالى ، وعزاه إلى العلامة قاسم، وقواه فى الفتح بقوله وأنت إذا عرفت قولهم فى الأوقاف الذى انقطع ثبوتها ولم يعرف لها مصارف وشرائط أنه يسلك بها ما كانت فى دواوين القضاة لم تتوقف عن تحسين مافى المجتبى لأن ذلك هو معنى الثبوت بالتسامع اه أى لأن الشهادة بالتسامع هى أن يشهد بما لم يعاينه والعمل بما فى دواوين القضاة عمل بما لم يعاين .. وأيضا قولهم المجهولة شرائطه ومصارفه يفهم منه أن مالم يجهل منها يعمل بما علم منها وذلك العلم قد لايكون بمشاهدة الواقف بل بالتصرف القديم ، وبه صرح فى الذخيرة حيث قال : سئل شيخ الإسلام عن وقف مشهور اشتبهت مصارفه وقدر مايصرف إلى مستحقيه قال : ينظر إلى المعهود من حاله فيما سبق من الزمان من أن قوامه كيف يعملون فيه وإلى من يصرفونه فيبنى على ذلك لأن الظاهر أنهم كانوا يفعلون ذلك على موافقة شرط الواقف وهو المظنون بحال المسلمين فيعمل على ذلك اه فهذا عين الثبوت بالتسامع . وفى الخيرية : إذا كان للوقف كتاب فى ديوان القضاة المسمى فى عرفنا بالسجل وهو فى أيديهم اتبع مافيه استحسانا إذا تنازع أهله فيه وإلا ينظر إلى المعهود من حاله فيما سبق من الزمان من أن قوامه كيف كانوا يعملون ، وإن لم يعلم الحال فيما سبق رجعنا إلى القياس الشرعى ، وهو أن من أثبت بالبرهان حقا حكم له به اه لكن قولهم المجهولة شرائطه الخ يقتضى أنها لو علمت ولو بالنظر إلى المعهود من حاله فيما سبق من تصرف القوام لايرجع إلى مافى سجل القضاة ، وهذا عكس مافى الخيرية فتنبه لذلك .

أقول : ثم إن المراد من الشرائط والجهات كما وقع فى عبارة الإسعاف وأوضحه الرملى أن يقول : إن قدرا من الغلة لكذا ثم يصرف الفاضل إلى كذا بعد بيان الجهة ، وليس معنى الشروط أن يبين الموقوف عليه لأنه لابد منه فى إثبات أصل الوقف كما تقدم آنفا . قال الرملى : والمراد بأصل الوقف أن هذه الضيعة وقف على كذا فبيان المصرف داخل فى أصل الوقف . أما الشرائط فلا يحل فيها الشهادة بالتسامع ، وهو معنى قوله فى فتح القدير : وليس فى معنى الشروط أن يبين الموقوف عليه اه ويأتى تمام الكلام عليه قريبا إن شاء الله تعالى .

[تنبيه] قال فى البحر : ومسألة الشهادة بالوقف أصلا وشروطا لم تذكر فى ظاهر الرواية وأنها قاسها المشايخ على الموت .

وقد اختلف فيها المشايخ : بعضهم قال يحل ، وبعضهم قال لا يحل ، وبعضهم فصل كما سبق ، ولكن نقل الشلبى عن شرح المجمع للمصنف فى كتاب الوقف أن قبول الشهادة بالتسامع فى أصل الوقف قول محمد وبه أخذ الفقيه أبو الليث وهو المختار اه (قوله فى بابه) أى باب الوقف فى فصل يراعى شرط الواقف وتقدم هناك تحقيقه فى الحاشية فراجعه (قوله هو كل ما تعلق به صحته) كأن يكون منجزا مسلما مجعولا آخره لجهة لا تنقطع ونحو ذلك مما ذكر فى شروط صحته. قال المصنف فى الوقف : وبيان المصرف من أصله ، أى لتوقف

وإلا فمن شرائطه (فله الشهادة بذلك إذا خبره بها) بهذه الأشياء (من يثق) الشاهد (به) من خبر جماعة

صحة الوقف عليه ، أي فتقبل الشهادة على المصرف بالتسامع كأصله ، وكونه وقفا على الفقراء أو على مسجد كذا تتوقف عليه صحته ، بخلاف اشتراط صرف غلته لزيد أو للذرية فهو من الشرائط لا من الأصل .

قال سيدى الوالد : ولعل هذا مبنى على قول محمد باشتراط التصريح فى الوقف بذكر جهة لا تنقطع ، وتقدم ترجيح قول أبي يوسف بعدم اشتراط التصريح به ، فإذا كان ذلك غير لازم فى كلام الواقف فينبغى أن لا يلزم فى الشهادة بالأولى لعدم توقف الصحة عليه عنده ، ويؤيد هذا ما فى الإسعاف والخانية : لا تجوز الشهاده على الشرائط والجهات بالتسامع اه ولا يخفى أن الجهات هى بيان المصارف ، فقد ساوى بينهما وبين الشرائط ، إلا أن يراد بها الجهات التى لايتوقف صحة الوقف عليها .

وفى التتارخانية : وعن أبي الليث تجوز الشهادة فى الوقف بالاستفاضة من غير الدعوى ، وتقبل الشهادة بالوقف وإن لم يبينوا وجها ويكون للفقراء اه .

وفى جامع الفصولين : ولو ذكر الواقف لا المصرف تقبل لو قديما ويصرف إلى الفقراء اه وهذا صريح فيما قلنا من عدم لزومه فى الشهادة ، والظاهر أنه مبنى على قول أبي يوسف ، وعليه فلا يكون بيان المصرف من أصله . فلا تقبل فيه الشهادة بالتسامع كما سمعت نقله عن الخانية والإسعاف ، والظاهر أن هذا إذا كان المصرف جهة مسجد أو مقبرة أو نحوهما ، أما لو كان للفقراء فلا يحتاج إلى إثباته بالتسامع ، لما علمت من أنه يثبت بالشهادة على مجرد الوقف ، فإذا ثبت الوقف بالتسامع يصرف إلى الفقراء بدون ذكرهم كما علم من عبارة التتارخانية والفصولين .

وقد ذكر الخير الرملى توفيقا آخر بين ما ذكره المصنف وبين ما نقلناه عن الإسعاف والخانية ، بحمل جواز الشهادة على ما إذا لم يكن الوقف ثابتا على جهة ، بأن ادعى على ذى يد يتصرف بالملك بأنه وقف على جهة كذا فشهدوا بالسماع للضرورة فى الأول دون الثانى ، لأن أصل جواز الشهادة فيه بالسماع للضروة والحكم يدور مع علته وجازت إذا قدم . قال : وقد رأيت شيخنا الحانوتى أجاب بذلك اه ملخصا (قوله وإلا) أى وإلا تتوقف عليه صحته كذكر الجهات من إمام ومؤذن أو تأبيد فإنه لا يشترط فيه فى رواية عن الثانى وعليها الإفتاء كما تقدم آنفا (قوله بذلك) أى بالتسامع ، وإنما جازت الشهادة فى هذه المواضع مع عدم المعاينة إذا أخبره بها من يثق به استحسانا دفعا للحرج وتعطيل الأحكام إذ لا يحضرها إلا الخواص ، فالنكاح لا يحضره كل أحد ، والدخول لا يقف عليه أحد ، وكذا الموت لا يعاينه كل أحد . وسبب النسب الولادة ولا يحضرها إلا القابلة . وسبب القضاء التقليد ولا يعاين ذلك إلا الوزير ونحوه من الخواص ، وكذا الوقف تتعلق به ، وكذا بما مر أحكام تبقى على مر الدهور ، فلو لم يقبل فيها التسامع أدى إلى الحرج وتعطيل الأحكام وتمامه فى الحموى ط (قوله من يثق الشاهد به من خبر جماعة) قال فى الفتاوى الصغرى : الشهادة بالشهرة فى النسب وغيره بطريق الشهرة الحقيقية أو الحكمية . فالحقيقية أن يشتهر ويسمع من قوم كثيرين لايتصور تواطؤهم على الكذب . ولا يشترط فى هذا العدالة بل يشترط التواتر . والحكمية أن يشهد عنده عدلان من الرجال أو رجل وامرأتان بلفظ الشهادة . لكن الشهرة فى الثلاثة الأول : يعنى النسب والنكاح والقضاء لا تثبت إلا بخبر جماعة لايتوهم تواطؤهم على الكذب أو خبر عدلين بلفظ الشهادة . وفى باب الموت بخبر العدل الواحد وإن لم يكن بلفظ الشهادة . كذا فى باب النسب من شهادات خواهر زاده ، وكذا ذكر عدالة المخبر فى الموت صاحب المختصر شرنبلالية .

لايتصور تواطؤهم على الكذب بلا شرط عدالة أو شهادة عدلين ، إلا فى الموت فيكفى العدل ولو أنثى وهو المختار ملتقى وفتح :

وفى الزيلعى : ولا يشترط فى الموت لفظ الشهادة لأنه لايشترط فيه العدد فكذا لفظ الشهاده . وفى شهادة الواحد بخبر الموت قولان مصححان . ووجه القبول أن الموت قد يتفق فى موضع لا يكون فيه إلا واحد ، فلو قلنا إنه لا تسمع الشهادة إلا بعدد لضاعت الحقوق ط (قوله لا يتصور تواطؤهم على الكذب) هذا هو المتواتر عند الأصوليين ، فإنه كما فى المنار : الذى رواه قوم لا يحصى عددهم ولا يتوهم تواطؤهم على الكذب. قال شارحه : ولا يشترط فى التواتر عدد معين خلافا للبعض (قوله بلا شرط عدالة) أى لا يشترط العدالة والإسلام فى المخبرين حتى لو أخبر جمع غير محصورين من كفار بلدة بموت ملكهم حصل لنا اليقين كما فى شرح المنار (قوله أو شهادة عدلين) بالجر عطف على خبر جماعة ، يعنى ومن فى حكمهما وهو عدل وعدلتان كما فى الملتقى ، يعنى أن الشهرة لها طريقان : حقيقى وهو بالمتواتر وحكمى وهو ماكان بشهادة عدلين، فقد ذكر ظهير الدين أن الاشتهار بشهادة عدلين أو رجل وامرأتين بلفظ الشهادة بدون اشتهار ويقع فى قلبه أن الأمر كذلك وقد تقدم عن الصغرى (قوله إلا فى الموت) قال فى جامع الفصولين : شهد أن أباه مات وتركه ميراثا له إلا أنهما لم يدركا الموت لا تقبل لأنهما شهدا بملك للميت بسماع فلم تجز اه (قوله فيكفى العدل) أى بالنسبة للشهادة . وأما القضاء فلابد فيه من شهادة اثنين لقولهم : وفى الموت مسألة عجيبة ، هى إذا لم يعاين الموت إلا واحد ، ولو شهد عند القاضى لا يقضى بشهادته وحده ماذا يصنع . قالوا : يخبر بذلك عدلا مثله ، وإذا سمع منه حل له أن يشهد على موته فيشهد هو مع ذلك الشاهد فيقضى بشهادتهما اه ولا بد أن يذكر ذلك المخبر أنه شهد موته أو جنازته ودفنه حتى يشهد الآخر معه كما قدمناه .

قال فى الخلاصة : ولا يشترط أن يتلفظ المخبر بالموت بلفظ الشهادة عند من يشهد . أما الذى يشهد عند القاضى يلتفظ بلفظ الشهادة . وأما الفصول الثلاثة التى يشترط فيها شهادة العدلين ينبغى أن يشهد عنده بلفظ الشهادة . قال أستاذنا ظهير الدين فى الأقضية : وهذا اختيار الصدر الإمام الشهيد برهان الأئمة . وفى مختصر القدورى : إنما تجوز الشهادة بالتسامع إذا أخبره من يثق به ، فهذا يدل على أن لفظ الشهادة ليس بشرط اه .

وفى شرح ابن الشحنة : والجواب فى القضاء والنكاح نظير الجواب فى النسب ، فقد فرقوا جميعا بين الموت والأشياء الثلاثة فاكتفوا بخبر الواحد فى الموت دونها . والفرق أن الموت قد يتفق فى موضع لا يكون فيه إلا واحد ، بخلاف الثلاثة لأن الغالب كونها بين جماعة . ومن المشايخ من لم يفرق وتمامه فيه .

وفى جامع الفصولين : والصحيح أن الموت كنكاح وغيره لا يكتفى فيه بشهادة الواحد ، ومن المشايخ من قال لا فرق بين الموت والثلاثة ، وإنما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع موضوع مسألة الموت إذا أخبره واحد عدل ولم يذكر العدل فى الثلاثة . فلو كان المخبر فى الثلاثة عدلا أيضا حل لهم أن يشهدوا ، ثم فى الثلاثة إذا ثبت الشهرة عندهما بخبر عدلين يجب الإخبار بلفظ الشهادة وفى الموت لما ثبت بخبر الواحد بالإجماع لا يجب بل يكتفى بمجرد الإخبار (قوله ولو أنثى) قال العلامة عبد البر : إنها تجوز إذا سمع من محدود فى قذف أو النسوان أو العبيد إذا كان الصدق ظاهرا ، ولا يجوز من الصبيان إلا إذا كان مميزا كلامه معتبر اه (قوله وهو المختار) لأنه قد يتحقق فى موضع ليس فيه إلا واحدة بخلاف غيره عيني .

وقيده شارح الوهبانية بأن لا يكون المخبر متهما كوارث وموصى له .

(ومن فى يده شىء سوى رقيق) علم رقه و (يعبر عن نفسه) وإلا فهو كمتاع ف (لك أن تشهد) به (أنه له إن وقع فى قلبك ذلك) أى أنه ملكه (وإلا لا) ولو عاين القاضى ذلك جاز له القضاء به بزازية :

(قوله وقيده شارح الوهبانية) عبدالبر نقلا عن السير الكبير (قوله كوارث وموصى له) كما قدمناه (قوله ومن فى يده شىء) نقدا كان أو عرضا أو عقارا ، وقد تقدم أن هذه تمام العشرة ، لكن فى عدها من العشرة نظر ذكره فى البحر والفتح ، ويأتى الكلام عليه قريبا إن شاء الله تعالى (قوله سوى رقيق) يعم العبد والأمة (قوله علم رقه) صوابه لم يعلم رقه كما هو ظاهر لمن تأمل مدنى قال ط إلا وجه لهذه الجملة ، والذى أوقعه : أى الشارح فى ذكرها عبارة الشرنبلالية ، ونصها : قوله سوى الرقيق المعبر ، يعنى إذا لم يعرف أنه رقيق لا يشهد به بمعاينة اليد ، وفى غير المعبر يشهد برقه اه أى بمعاينة اليد ، ومراده أن الذى يعبر عن نفسه لا يشهد برقه بمعاينة اليد إلا إذا علم رقه له ، وهذا المعنى لم يفده المؤلف ، فلو قال سوى رقيق يعبر عن نفسه ولم يعلم رقه ثم يأتى بمفهومه لأصاب .

فالحاصل أن المعنى فيه أنه لا يجوز له أن يشهد فى رقيق لم يعلم رقه ويعبر عن نفسه إذا رآه فى يد غيره أنه ملكه لأن للرقيق يدا على نفسه تدفع يد الغير عنه فانعدم دليل الملك ، حتى إذا ادعى أنه حر الأصل كان القول قوله ، ولا يمكن أن يعتبر فيه التصرف وهو الاستخدام لأن الحر يستخدم طائعا كالعبد إلا إذا علم رقه أو كان صغيرا لا يعبر عن نفسه فإنه كالمتاع لا يد له ، فله أن يشهد فيه لذى اليد أنه ملكه ، وهذا هو المراد كما يظهر من عبارة البحر وغيرها ، لكن الذى أوقع الشارح ما نقلناه (قوله ويعبر عن نفسه) أى سواء كان بالغا أو غير بالغ كما فى النهاية ، وهذا تفسير للكبير الواقع فى عبارتهم سواء كان ذكرا أو أنثى كما فى النهاية . والوجه فيه أن لهما : أى العبد والأمة الكبيرين يدا على أنفسهما تدفع يد الغير عنهما فانعدم دليل الملك ، حتى لو ادعيا الحرية الأصلية يكون القول قولهما . وعن أبى حنيفة أنه يحل له أن يشهد فيهما أيضا اعتبارا بالثياب والفرق ما بيناه ، وإن كانا صغيرين لا يعبران عن أنفسهما كالمتاع لا يد لهما فله أن يشهد بالملك لذى اليد بشرط أن لا يخبره عدلان بأنه لغيره كما فى البحر (قوله فلك أن تشهد به) أخرج المصنف عن مراده وإن كان الحكم ظاهرا وإنما جازت الشهادة بالشىء لواضع اليد لأن اليد أقصى ما يستدل به على الملك إذ هى مرجع الدلالة فى الأسباب كلها فيكتفى بها .

صورته : رجل رأى عينا فى يد إنسان ثم رأى تلك العين فى يد آخر والأول يدعى الملك يسعه أن يشهد أنها للمدعى ط (قوله أنه له) أى لمن فى يده بلا منازع (قوله إن وقع فى قلبك ذلك) أى إذا شهد بذلك قلبك وصدقه ، وأسند هذا القيد فى الظهيرية إلى الصاحبين . قال فى البحر : وعن أبى يوسف أنه يشترط مع ذلك أن يقع فى قلبه أنه قالوا له يعنى المشايخ ، ويحتمل أن يكون هذا تفسيرا لإطلاق محمد فى الرواية . قال فى فتح القدير . قال الصدر الشهيد : وبه نأخذ ، فهو قولهم جميعا اه .

قال الرازى : هذا قولهم جميعا إذ الأصل فى حل الشهادة اليقين ، فعند تعذره يصار إلى ما يشهد له القلب لأن كون اليد مسوّغا بسبب إفادتها ظن الملك فإذا لم يقع فى القلب ذلك الظن لم يفد مجرد اليد ولهذا قالوا : إذا رأى إنسان درة ثمينة فى يد كناس أو كتابا فى يد جاهل ليس فى آبائه من هو أهل له لا يسعه أن يشهد بالملك له فعرف أن مجرد اليد لا يكفى شرنبلالية . ويشترط أن لا يخبره عدلان بأنها لغيره ، فلو أخبره لم تجز الشهادة

أى إذا ادعاه المالك وإلا لا

بالملك خلاصة ، بخلاف ما إذا شهد به عدل واحد لأن شهادة الواحد لا تزيل ما كان فى قلبك أنه للأول ، فلا يحل لك أن تمتنع عن الشهادة إلا أن يقع فى قلبك أن هذا الواحد صادق فحينئذ لا يحل لك أن تشهد أنه للأول اه شلبى . فى الحاشية عن الخانية : وكما جاز له أن يشهد أنه ملك بوضع اليد جاز له شراؤه إن لم يكن رآه قبله فى يد غيره ، فإن كان وأخبره بانتقال الملك إليه أو بالوكالة منه حل الشراء وإلا لا ، كما إذا رأى جارية فى يد إنسان ثم رآها فى بلدة أخرى وقالت أنا حرة الأصل لا يحل له أن ينكحها اه وأفاد المصنف بعبارته أنه عاين اليد وواضع اليد ، فلو لم يعاينهما وإنما سمع أن لفلان كذا فلا يجوز له الشهادة لأنه مجازفة ، كما لو عاين المالك لا الملك لأنه لم يحصل له العلم بالمحدود .

[تنبيه] نقل الصدر حسام الدين فى شرح أدب القاضى أنه إن عاين الملك دون المالك ، بأن عاين محدودا ينسب إلى فلان بن فلان الفلانى وهو لم يعاينه بوجهه ولا يعرفه بنفسه القياس أن لا تحل . وفى الاستحسان تحل لأن النسب مما يثبت بالتسامع والشهرة فيصير المالك معروفا بالتسامع والملك معروف فترتفع الجهالة ، وكذا إذا أدرك الملك ولم يعاين المالك والمالك امرأة لا يراها الرجال ولا تخرج ، فإن كان ذلك مشهورا عند العوام والناس فالشهادة على ذلك جائزة ، يريد به إذا عاين الملك ووقع فى قلبه أن الأمر كما اشتهر وهذا قاصر على هذه الصورة ذكره عبد البر ، ولم يسمع مثل هذا لضاعت حقوق الناس لأن فيهم المحجوب ولا يبرز أصلا ولا يتصور أن يراه متصرفا فيه ، وليس هذا إثبات الملك بالتسامع وإنما هو إثبات النسب بالتسامع وفى ضمنه إثبات الملك به وهو لا يمتنع إثباته قصدا عينى تبعا للزيلعى ، وعزاه فى البحر إلى النهاية ، وهذا هو النص ، وقد بحث فيه الكمال بأن مجرد ثبوت نسبه بالشهادة عند القاضى لم يوجب ثبوت ملكه لتلك الضيعة لولا الشهادة به ، وكذا المقصود ليس إثبات النسب بل الملك فى الضيعة اه .

وفى البزازية : شهد أن فلان بن فلان مات وترك هذه الدار ميراثا ولم يدركا الميت فشهادتهما باطلة لأنهما شهدا بملك لم يعاينا سببه ولا رآياه فى يد المدعى ، ولو شهد دابة تتبع دابة وترضع منها اه أن يشهد بالملك والنتاج اه ط .

وفى البحر : ولو رآه على حمار يوما لم يشهد أنه له لاحتمال أنه ركبه بالعارية . ولو رآه على حمار خمسين يوما أو أكثر ووقع فى قلبه أنه له وسعه أن يشهد أنه له اه لأن الظاهر أن الإنسان لا يركب دابة مدة كثيرة إلا بالملك اه (قوله أى إذا ادعاه المالك) أشار به إلى التوفيق بينه وبين ما فى الزيلعى متابعا لصاحب البحر . وقد ذكره مجيبا به عن التنافى الواقع بين قول من قال إنه يقضى بمعاينة وضع اليد كما فى الخلاصة والبزازية ، وبين قول الشارح أن القاضى لا يجوز له أن يحكم بسماع نفسه ولو تواتر عنده ولا برؤية نفسه فى يد إنسان ، فحمل صاحب البحر كلام الأولين على ما إذا حصلت دعوى وكلام الشارح على ما إذا لم تحصل دعوى . ورده المقدسى وحمل كلام الشارح على أن القاضى لا يقضى قضاء محكما مبرما ، بحيث لو ادعى الخصم لا يقبل منه ، فلا ينافى أنه يقضى قضاء ترك ، بمعنى أنه يترك فى يد ذى اليد ما دام خصمه لا حجة له ، وقد صرح بذلك الشارح أول كلامه . وأما حمله على ما إذا لم تحصل دعوى فغير صحيح لأن القضاء بغير دعوى لا يقع أصلا فلا يتوهم إرادته .

قال السيد أبو السعود : ولا حاجة إلى هذا التكلف لأن المسألة مختلف فيها ، فما فى الزيلعى يبتنى على

(وإن فسر) الشاهد (للقاضى أن شهادته بالتسامع أو بمعاينة اليد ردت) على الصحيح (إلا فى الوقف والموت إذا) فسرا و (قالا فيه أخبرنا من نثق به) تقبل (على الأصح) خلاصة بل فى العزمية عن الخانية معنى التفسير أن يقولا شهدنا لأنا سمعنا من الناس ، أما لو قالا لم نعاين ذلك ولكنه اشتهر عندنا

قول المتأخرين من أن القاضى ليس له أن يقضى بعلمه وهو المفتى به. وما فى الخلاصة والبزازية يبتنى على مقابله. قال فى الحواشى السعدية : ولا يتوهم المخالفة بين ما ذكر الزيلعى وما فى النهاية ، فإن ما فى شرح الكنز هو ما إذا رأى القاضى قبل حال القضاء ثم رأى حال قضائه فى يد غيره كما لا يخفى اه (قوله وإن فسر الشاهد الخ) أى فيما يشهد فيه بالتسامع . وقالوا : ينبغى للشاهد به أن يطلق الشهادة ولا يفسرها حموى (قوله بالتسامع أو بمعاينة اليد) أى بأن يقول أشهد لأنى رأيته فى يده يتصرف فيه تصرف الملاك والشهادة بالتسامع كما يذكرها الشارح أن يقول الشاهد أشهد بالتسامع (قوله إلا فى الوقف) لما تقدم من أنه يفتى بكل ما هو أنفع للوقف فيما اختلف العلماء فيـــه ، كما أشار إلى وجهه فى الدرر بقوله حفظا للأوقاف القديمة عن الاستهلاك .

وذكر المصنف عن فتاوى رشيد الدين أنه تقبل وإن صرحا بالتسامع ، لأن الشاهد ربما يكون سنه عشرين سنة وتاريخ الوقف مائة سنة فيتيقن القاضى أنه يشهد بالتسامع لا بالعيان ، فإذن لا فرق بين السكوت والإفصاح ، أشار إليه ظهير الدين المرغينانى ، وهذا بخلاف ما تجوز فيه الشهادة بالتسامع فإنهما إذا صرحا به لا تقبل اه أى بخلاف غير الوقف من الخمسة المارة فإنه لا يتيقن فيها بأن الشهادة بالتسامع فيفرق بين السكوت والإفصاح .

والحاصل أن المشايخ رجحوا استثناء الوقف منها للضرورة وهى حفظ الأوقاف القديمة عن الضياع ولأن التصريح بالتسامع فيه لا يزيد على الإفصاح به ، والله سبحانه أعلم سيدى الوالد رحمه الله تعالى (قوله على الأصح) هذا مخالف لما فى المتون من الشهادات .

ففى الكنز وغيره : ولا يشهد بما لم يعاين إلا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضى وأصل الوقف فله أن يشهد بها إذا أخبره بها من يثق به ومن فى يده شىء سوى الرقيق لك أن تشهد أنه له ، وإن فسر للقاضى أنه يشهد بالتسامع أو بمعاينة اليد لا تقبل . قال العينى : وإن فسر للقاضى أنه يشهد بالتسامع فى موضع يجوز بالتسمع أو فسر أنه يشهد له بالملك بمعاينة اليد يعنى برؤية فى يده لا تقبل لأن القاضى لا يزيد علما بذلك فلا يجوز له أن يحكم الخ ، ومثله فى الزيلعى مبسوط .

وفى شهادات الخيريه : الشهادة على الوقف بالسماع فيها خلاف ، والمتون قاطبة قد أطلقت القول بأنه إذا فسر أنه يشهد بالسماع لا تقبل ، وبه صرح قضيخان وكثير من أصحابنا اه ومثله فى فتاوى شيخ الإسلام على أفندى مفتى الروم اه ملخصا من مجموعة ملا على التركمانى .

أقول : ولا تنس ما قدمناه آنفا من التصحيح فى الوقف حفظا له عن الاستهلاك (قوله بل فى العزمية) أى حاشية عزمى زاده على الدرر ، ونقله المصنف عن الخلاصة والبزازية (قوله معنى التفسير) أى الذى ترد به الشهادة فى غير الوقف والموت (قوله ولكنه اشتهر عندنا) أفاد العلامة نوح فى كتاب الوقف أن الشهرة للشىء بكونه مشهورا معروفا اه وهذا يقتضى شهرته عند كل الناس أوجلهم . وأما السماع من الناس الذى وقع فى العبارة الأولى لا يفيد ذلك لأنه كقول الشاهد أنا أشهد بالسماع ، وفسره فى الدرر بأن يقولوا عند

جازت فى الكل ، وصححه شارح الوهبانية وغيره اه .

القاضى نشهد بالتسامع . وفى شهادات الخيرية : الشهادة على الوقف بالسماع أن يقول الشاهد أشهد به لأنى سمعته من الناس أو بسبب أنى سمعته من الناس ونحوه اه وفسر الشارح الشهرة بالسماع ، فأفاد أنهما شىء واحد كما نبه عليه سيدى الوالد رحمه الله تعالى .

وفى حاشية نوح أفندى : الشهادة بالشهرة أن يدعى المتولى أن هذه الضيعة وقف على كذا مشهور ويشهد الشهود بذلك . والشهادة بالتسامع أن يقول الشاهد أشهد بالتسامع اه ولا يخفى أن المآل واحد وإن اختلفت المادة فافهم ، أفاده سيدى الوالد رحمه الله تعالى (قوله جازت فى الكل) أى فيما يجوز فيه الشهادة بالتسامع كما فى الخانية .

قال سيدى الوالد . أقول : بقى لو قال أخبرنى من أثق به ، وظاهر كلام الشارح أنه ليس من التسامع ، لكن فى البحر عن الينابيع أنه منه اه .

وعبارة البحر : وفى الينابيع تفسيره أن يقول فى النكاح لم أحضر العقد ، وفى غيره أخبرنى من أثق به أو سمعت ونحوه .

وحاصل ما يقال أنه إن أطلقا بأن يقولا نشهد على موت رجل فإنه يقبل ، وإن قالا لم نعاين موته وإنما سمعنا من الناس ، فإن لم يكن موته مشهورا فلا تقبل بلا خلاف ، وإن كان مشهورا ذكر فى الأصل أنه تقبل. وقال بعضهم : لاتقبل ، وبه أخذ الصدر الشهيد . وفى الغياثية : هو الصحيح ، وإن قالا نشهد أنه مات لأنه أخبرنا من شهد موته ممن نثق به جازت . وقال بعضهم : لا يجوز كما فى الحامدية (قوله وصححه شارح الوهبانية) أى العلامة عبد البر فى شرحه عليها ، وقد نظم جميع ما تجوز به الشهادة بالشهرة والتسامع بقوله :

وقد جوّزوها فى النكاح بسمعه ... وإن بينا ردت وتقبل أظهر
كذا نسب ثم الطريق سماعه ... من الجمع ما كذب لهم يتصور
وأفتوا بما قالا بعدلين يكتفى ... قضاء وفى موت كفى العدل يخبر
وقيل لكل والمصحح أن ذا ... كما مر والإخبار فيه مؤثر
وفى غيره فالشرط لفظ شهادة ... به أخذ الصدر الشهيد المصدر
وإن أطلقا سمعا ونفى عيانه ... ترد إذا ما الموت لم يك يشهر
وأطلق بعض(١) دراهم صححوا ... قبولا إذا قال الموثق يخبر
وبعض يقبلها بالسماع بموت من ... غدا غير مشهور ولابد ينظر
وقدجوّزوها فى الدخول ورجحوا ... جواز المهر ثم فى الوقف يذكر
خلاف شيوخ والصحيح جوازها ... على الأصل دون الشرط فيما يحرر
وجوّزها الثانى أخيرا على الولا ... وفى العتق بعض قال والبعض ينكر
وفى الملك محدودا ويعزى لمالك ... ولم يدر عينا إذ الأمر أشهر
ويعزى إلى الخصاف فى ذا جوازها ... ومن دائن والخصم حى وموسر

---

(١) (قوله وأطلق بعض الخ) هكذا بالأصل ولعله وأطلق بعض ردها ثم صححوا ، وقوله وبعض يقبلها هكذا بالأصل أيضا وهو غير مستقيم الوزن فليحرر .

باب القبول وعدمه

أى من يجب على القاضى قبول شهادته ومن لا يجب ، لا من يصح قبولها أو لا يصح لصحة الفاسق

فضمير بينا لشاهدى التسامع : أى بينا أن شهادتهما بالتسامع ردت : أى الشهادة وضمير تقبل أيضا لها . وقولى أظهر إشارة إلى تصحيح القبول ، وضمير سماعه لمن يشهد . وضمير أفتوا للمشايخ . وضمير قالا للصاحبين ، والمراد بكل كل المسائل المتقدمة ، والإشارة بذا إلى الموت كما مر فى أنه لابد من إخبار عدلين . وضمير فيه للموت وترد للشهادة . وضمير قال للشاهد ، والله تعالى أعلم .

قال فى القنية بعد أن رقم لنجم الأئمة البخارى والقاضى البديع : تقبل شهادة المديون لرب الدين . وفى المحيط : ولا تقبل شهادة رب الدين لمديونه إذا كان مفلسا . وشمس الأئمة الحلوانى ووالد صاحب المحيط قال : تقبل وإن كان مفلسا . وفى شرح الجامع للعتابى : لا تقبل بعد الموت لتعلق حقه بالتركة ، وكذا الموصى له بألف ، مرسلة أو شىء بعينه لأنه يزداد به محل الوصية أو سلامة عينه . ثم رمز لقاضى خان وقال : إنه يجوز شهادته للحى دون الميت ، هذا خلاصة ما فى القنية ، وقد ذكر فيها فى موضع بعد أن رقم لبرهان الدين صاحب المحيط : ادعى الكفيل عليها الكفالة فأنكرت تقبل شهادة البائع بكفالتها كرب الدين إذا شهد لمديونه. وحاصله القبول إذا كان موسرا حيا ، والقولان فى المفلس وعدم القبول بعد الموت قولا واحدا لتعلق حقه بالتركة كالموصى له ، لكن رأيت فى جامع الفتاوى لحافظ الدين البزازى تقييد الجواز بما إذا شهد بما سوى جنس حقه وهذا لا إشعار للنظم به كما لا إشعار بالاختلاف فى صورة المفلس بل مفهومه عدم القبول فى انعدام الحياة واليسار ، والله تعالى أعلم اه .

نقل الطحطاوى عن الحموى أن من صار خصما فى حادثة لاتقبل شهادته فيها ، ومن كان بعرضية أن ينتصب خصما ولم ينتصب تقبل ، وشهادة أجير الوحد لأستاذه لاتجوز فى تجارته وغيرها وإن كان عدلا وإن كان أجير مياومة أو مشاهرة أو مسانهة استحسانا ، ولو مضت الإجارة وأعاد شهادته تقبل بخلاف الأجير المشترك حيث تقبل شهادته لأنه غير مملوك لا رقبة ولا منفعة ، وتجوز شهادة الدائن لمديونه ولو مفلسا بما هو من جنس دينه ، ولو شهد لمديونه بعد موته لم تقبل لأن الدين لا يتعلق بمال المديون حال حياته ويتعلق به بعد وفاته ، وتقبل شهادة المديون لدائنه اه والله تعالى أعلم .

باب القبول وعدمه

لما فرغ(١) من بيان ما تسمع فيه الشهادة وما لا تسمع ، وقدم ذلك على هذا لأنه محل والمحل مشروط والشرط مقدم على المشروط . ثم معنى القبول لغة يقال : قبلت القول حملته : على الصدق كذا فى المصباح (قوله لصحة الفاسق) أى لصحة القضاء بشهادته أى وقد ذكره مما لايقبل. وكما يصح القضاء بشهادة الفاسق يصح بشهادة الأعمى والمحدود فى القذف إذا تاب وبشهادة أحد الزوجين مع آخر لصاحبه وبشهادة الوالد لولده وعكسه ، حتى لا يجوز للثانى إبطاله وإن رأى بطلانه اه بحر عن خزانة المفتين .

أقول : لعله محمول على ما إذا كان القاضى يرى ذلك ، بخلاف الحنفى بقرينة قوله حتى لا يجوز للثانى الخ تأمل واستظهره الطحطاوى .

---

(١) (قوله لما فرغ الخ) هكذا بالأصل وليحرر .

مثلا كما حققه المصنف تبعا ليعقوب باشا وغيره .
(تقبل من أهل الأهواء) أى أصحاب بدع لا تكفر كجبر وقدر

وذكر فى منية المفتى فى بحث القضاء فى المجتهد فيه : قضى بشهادة محدودين فى قذف وهو لا يعلم بذلك ثم ظهر لا ينفذ قضاؤه وعليه أن يأخذ المال من المقضى له ، وكذا لو علم أنهما عبدان أو كافران أو أعميان ، وقيل ينفذ فإنه ذكر : إذا قضى بشهادة محدودين قد تابا ثم عزل أو مات ورفع ذلك إلى قاض آخر لا يراه أمضى القضاء الأول اه .

قال سيدى الوالد : أقول : وسيذكره الشارح : أى صاحب البحر نفاذ القضاء بشهادة العدو على عدوه وهل يقال مثل ذلك فى شهادة الأجير الخاص صارت واقعة الفتوى ولم أرها لأن العلة التهمة لا الفسق على ما يحرره المؤلف فيما سيأتى فى شهادة العدو وهذه مثلها (قوله مثلا) أشار به إلى أحد القوابين من نفاذ القضاء بشهادة الأعمى أو أحد الزوجين أو الوالد لولده أو عكسه . فالمراد من عدم القبول عدم حله كما فى البحر . وفيه أنه لا يجوز للثانى إبطاله وإن رأى بطلانه فى كل ذلك اه ، وهذا إذا لم يؤيد قضاءه بأرجح الأقوال كما مر (قوله كما حققه المصنف تبعا ليعقوب باشا) أفاد عنه أن كل شهادة يكون سبب ردها الفسق إذا قبلها يصح كالمخنث والنائحة والمغنى ، ومن يلعب بالطيور أو الطنبور أو يغنى للناس ، ومن يظهر سب السلف ومن ارتكب ما يحد له .

ويصح قبول شهادة الأعمى لقول مالك بقبولها مطلقا كالبصير ، أما المملوك لا يصح قبول شهادته ، وكذا العدو بسبب الدنيا لأنه ليس بمجتهد فيه ، وكذا السيد لعبده ومكاتبه والأجير لما ذكر ، وكذا من يبول فى الطريق أو يأكل فيه لأنه لم ينقل فيه خلاف حتى يكون مجتهدا فيه ، ولم يصرحوا بكونه فسقا حتى يدخل فى حكمه اه وسيأتى تحقيقه (قوله تقبل من أهل الأهواء) أى قبولا عاما على المسلمين وغيرهم ، بل المراد أصل القبول ، فلا ينافى أن بعضهم كفار كما يأتى قريبا إن شاء الله تعالى لأن فسقهم من حيث الاعتقاد ، وما أوقعهم فيه إلا التعمق والغلو فى الدين ، والفاسق إنما ترد شهادته لتهمة الكذب ، فصاروا كمن يشرب المثلث أو يأكل متروك التسمية عمدا مستبيحا لذلك من حيث التعاطى .

قال فى المغرب : أهل الأهواء من زاغ عن طريقة أهل السنة والجماعة وكان من أهل القبلة . والأهواء جمع هوى مصدر هويته من باب تعب إذا أحبه واشتهاه ، ثم يسمى به المهوى والمشتهى محمودا كان أو مذموما ثم غلب فى المذموم . والهواء ممدود : هو المسخر بين السماء والأرض والجمع أهوية . وأهل الأهواء ليسوا بطائفة بعينها ، بل يطلق على كل من خالف السنة بتأويل فاسد (قوله لا تكفر) فمن وجب إكفاره منهم فالأكثر على عدم قبوله كما فى التقرير . وفى المحيط البرهانى وهو الصحيح وما ذكره فى الأصل محمول عليه بحر .

وفيه عن السراج : وأن لا يكون ماجنا ، ويكون عدلا فى تعاطيه واعترضه بأنه ليس مذكورا فى ظاهر الرواية . ، وفيه نظر ، فإن العدالة شرطت فى أهل السنة والجماعة فما ظنك فى غيرهم تأمل .

وفى فتح القدير : قال محمد بقبول شهادة الخوارج إذا اعتقدوا ولم يقاتلوا ، فإذا قاتلوا ردت شهادتهم لإظهار الفسق بالفعل (قوله كجبر) أهله طائفة نافون لقدرة العبد والأولى حذف الكاف ويقول والهوى الجبر الخ . ويكون بيانا لأهل الأهواء فى ذاتهم لا من تقبل شهادته منهم (قوله وقدر) هم النافون للقضاء

ورفض وخروج وتشبيه وتعطيل . وكل منهم اثنا عشر فرقة فصاروا اثنين وسبعين (إلا الخطابية) صنفٍ من

والقدر عنه تعالى والقائلون إن العبد يخلق أفعال نفسه (قوله ورفض) هم الملعونون اللاعنون الصهرين وغيرهما من الأخيار كذا فى القهستانى . فهم من أهل الأهواء وإن لم تقبل شهادتهم ، بخلاف من يفضلهما وعليا(١) على الشيخين (قوله وخروج) هم المكفرون للختنين وطلحة والزبير ومعاوية (قوله وتشبيه) ذكر بدله القهستانى المرجئة وهم النافون ضرر الذنب مع الإيمان . ثم قال بعد كل . : من كفر منهم كالمجسمة والخوارج وغلاة الروافض والقائلين بخلق القرآن لا تقبل شهادتهم على المسلمين كذا فى المشارع اه فعد هؤلاء الفرق لبيان أهل الأهواء فى ذاتهم لا لمن تقبل شهادته منهم ، ويدل عليه ما فى البحر عن النهاية أن أصول الهوى ستة وذكر ما ذكره المؤلف (قوله وتعطيل) هم القائلون بخلو الذات عن الصفات (قوله فصاروا اثنين وسبعين) فرقة كلهم فى النار ، والفرقة الزائدة على هذا العدد هى الناجية ، وهى ما كانت على ما كان عليه النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه الكرام ، ففى الحديث الشريف « وستفترق أمتى على ثلاث وسبعين فرقة كلها فى النار إلا واحدة قلنا : من هى يا رسول الله ، قال : من كان على ما أنا عليه وأصحابى » وإضافة الفرقة الناجية من النار وهم أهل السنة والجماعة فى الحديث الشريف إلى ما ذكر تكملة إلى الثلاث والسبعين فرقة .

ولنذكرها على طريق الإجمال فنقول : أصناف الخوارج اثنا عشر : الأزرقية والإباحية والحازمية والثعلبية والخلفية والكوزية والمكتوبية والمعتزلة(٢) والميمونية والمحلية والأخنسية والمشراقية .

وأصناف الروافضة اثنا عشر أيضا العلوية والأموية والشعيبية والإسحاقية والزيدية والعباسية والإسماعيلية والإمامية والمتناسخة والأعينية والراجعية والمرشية .

وأصناف القدرية اثنا عشر أيضا : الخمرية والشغرية والكيسانية والشيطانية والشركية والوهمية والعروندسية والمناسية والمتبرية والباسطية والنظامية والمعتزلة .

وأصناف الجبرية اثنا عشر أيضا : المطرية والأفعالية والمركوعية والصنجارية والمباينة والصبية والسابقية والحرفية والكرفية والخشية والحشرية والمعينية .

وأصناف الجهمية : أى التعطيل اثنا عشر أيضا : المعطلة واللازقية والمواردية والحرقية والمملوقية والقهرية والغائية والزنادقة والراهفية والقطية والمرسية والعبرية .

وأصناف المرجئة اثنا عشر أيضا : التاركية والسبئية والراجية والشاكية والبهشية والعملية والمشبهة والأثربة والبدعية والمنبسية والحشوية والبعوضية كما فى فتاوى الشيخ آمين الدين بن عبد العال (قوله إلا الخطابية) نسبة إلى أبى الخطاب . واختلف فى اسمه ، قيل محمد بن وهب الأجدع ، وقيل محمد بن أبى زينب الأسدى الأجدع وكان يقول بإمامة إسماعيل بن جعفر ، فلما مات إسماعيل رجع إلى القول بإمامة جعفر وغلوا فى ذلك غلوا كبيرا . وقال فى شرح الأقطع : هم قوم ينسبون إلى أبى الخطاب : رجل كان بالكوفة حارب عيسى بن موسى ابن على بن عبد الله بن عباس وأظهر الدعوة إلى جعفر فتبرأ منه ودعا عليه فقتل هو وأصحابه ، قتله وصلبه عيسى بالكناسة بالضم : محل بالكوفة لأنه كان يزعم أن عليا هو الإله الأكبر وجعفرا الصادق هو الإله الأصغر ، وكانوا يعتقدون أن من ادعى منهم شيئا على غيره يجب أن يشهد له بقية شيعته . وذكر شمس الأئمة

---

(١) (قوله بخلاف من يفضلهما وعليا) كذا بالأصل ، ولعل الصواب من يفضل عليا الخ فليحرر اه مصححه .

(٢) (قوله والمعتزلة) سيأتى بعدهم فى أصناف القدرية فلعل أحدهما محرف عن لفظ آخر ، وبالجملة فلتنظر هذه الأسماء جميعها فى محل آخر ولتحرر اه مصححه ,

الروافض يرون الشهادة لشيعتهم ولكل من حلف أنه محق فردهم لا لبدعتهم بل لتهمة الكذب ولم يبق لمذهبهم ذكر بحر (و) من (الذمى)

السرخسى أنهم ضرب من الروافض يجوّزون أداء الشهادة إذا حلف المدعى بين أيديهم أنه محق فى دعواه ويقولون المسلم لا يحلف كاذبا (قوله يرون الشهادة لشيعتهم) أى واجبة قهستانى (قوله ولكل من حلف أنه محق) الأولى التعبير بأو كما فى الفتح بدل الواو لأنهما قولان كما فى البحر والفتح وغيرهما واختلطا فى عبارة الشارح ، نعم فى شرح المجمع كما هنا .

وفى تعريفات السيد الشريف ما يفيد أنهم كفار فإنه قال ما نصه : قالوا الأئمة الأنبياء وأبو الخطاب نبى وهؤلاء يستحلون شهادة الزور لموافقيهم على مخالفيهم وقالوا الجنة نعيم الدنيا والنار آلامها اه (قوله فردهم) أى عن أداء الشهادة (قوله لا لبدعتهم لأنها غير مكفرة) إذا لم يعتقدوا اعتقاد رئيسهم (قوله بل لتهمة الكذب) ومن التهمة المانعة أن يجرّ الشاهد بشهادته إلى نفسه نفعا أو يدفع عن نفسه مغرما خانية (قوله ولم يبق لمذهبهم ذكر) لفنائهم وانقراضهم (قوله ومن الذمى الخ) لأنه عليه الصلاة والسلام أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض ، ولأنه من أهل الولاية على نفسه وأولاده الصغار فيكون من أهل الشهادة على جنسه ، والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع لأنه يجتنب عما يعتقده محرم دينه والكذب محرم فى الأديان كلها ، قيد بالذمى لأن المرتد لاشهادة له لأنه لا ولاية اه .

مطلب فى شهادة المرتد

واختلفوا فى شهادة مرتد على مثله والأصح عدم قبولها بحال كذا فى المحيط البرهانى .

مطلب فى شهادة الدرزى

ويلحق به الدرزى كما أفتى به الخير الرملى والعلامة على أفندى المرادى فى رسالته [أقوال الأئمة العالنة فى أحكام الدروز والتيامنة] قال العلامة السيد محمود أفندى حمزة مفتى دمشق الشام فى فتواه فى جواب سؤال رفع إليه فى شهادة أهل الأهواء المكفرة : هل تقبل على بعضهم سواء كانوا متفقين فى الاعتقاد أم مختلفين ، وسواء كانوا أهل كتاب أم لا ؟ فكتب حفظه الله تعالى جوابا حاصله بعد ذكر النقول والتفصيل : وأما شهادة الكفار الذين لايقرون على ما هم عليه من العقيدة كأهل الأهواء المكفرة والمنافقين والباطنية والزنادقة والمجوس والدروز والتيامنة والنصيرية والمرتدين فلا تقبل شهادتهم على أحد ، سواء كان مثلهم فى الاعتقاد أو مخالفا لهم لعدم ولايتهم . قال فى الداماد شرح الملتقى : أى لا تقبل شهادة المستأمن على الذمى لقصور ولايته عليه اه فجوّز الشهادة التى تدور عليه إنما هو الولاية ، ولكمالها فى المسلم صحت شهادته على الجميع ، ولنقصانها فى أهل الذمة صحت على بعضهم وعلى من دونهم سوى المرتد للشبهة ، ولقصورها فى المستأمن صحت على من هو مثله ، ولعدم الولاية فى غيرهم من الكفار المارّ ذكرهم وهم الذين لايقرون على ما هم عليه من الاعتقاد لم تصح شهادتهم على أحد أصلا .

قال فى شرح الداماد : وتقبل شهادة أهل الأهواء مطلقا سواء كانت على أهل السنة أو بعضهم على بعض أو على الكفرة إذا لم يكن اعتقادهم مؤديا إلى الكفر كما فى الذخيرة ، ومن المعلوم أن الشرط إذا تعقب المتعاطفات فإنه يرجع للجميع . فمفهوم هذه الجملة أن اعتقاد أهل الأهواء إذا كان مؤديا إلى الكفر فلا تقبل شهادتهم على

لو عدلا فى دينهم جوهرة (على مثله) إلا فى خمس مسائل على ما فى الأشباه .

أهل السنة ولا على بعضهم ولا على الكفرة . ومن المقرر أن مفاهيم الكتب حجة عندنا ، وإذا لم يكن من مر ذكرهم من أهل الأهواء المكفرة من الكفار فهم شر منهم فلا تقبل شهادتهم على أحد أصلا .

مطلب الدروز والتيامنة والنصيرية والباطنية كلهم كفار

على أن المولى عبد الرحمن أفندى العمادى نص فى فتاويه فى كتاب السير على أن الدروز والتيامنة والنصيرية والباطنية كلهم كفار ملاحدة زنادقة فى حكم المرتدين . وعلى تقدير قبول توبتهم يعرض عليهم الإسلام وإن يسلموا أو يقتلوا ، ولا يجوز لولاة الأمور تركهم على ما هم عليه أبدا اه بتصرف اه ملخصا .

قال سيدى الوالد : شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض مقبولة إذا كانوا عدولا فى دينهم اتفقت مللهم أو اختلفت .

أقول : والظاهر أن عداوتهم دينية وإلا لم تقبل فتأمل .

مطلب إذا سكر الذمى لا تقبل شهادته

(قوله لو عدلا فى دينهم) قدمنا عن البحر أن تزكية الذمى أن يزكى بالأمانة فى دينه ولسانه ويده وأنه صاحب يقظة ويزكيه المسلمون إن وجدوا وإلا فيسأل من عدول الكفار ، وأنه إذا سكر الذمى لا تقبل شهادته (قوله على مثله) فلا تقبل على مسلم لقوله تعالى — ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا — ولأنه لا ولاية له على المسلم ولأنه يتقول عليه لأنه يغيظه قهره إياه(١) .

قال فى الهندية : مات وعليه دين المسلم بشهادة نصرانى ودين لنصرانى بشهادة نصرانى . قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى ومحمد وزفر : يبدئ بدين المسلم ، هكذا فى محيط السرخسى ؛ فإن فضل شىء كان ذلك للنصرانى هكذا فى المحيط .

وروى الحسن بن زياد عن أبى حنيفة أن التركة تقسم بينهما على مقدار دينهما فتاوى الأنقروى عن التتارخانية والمحيط اه وتمام المسألة فيها وفى حاشية الخير الرملى على البحر .

أقول : فى الذخيرة نصرانى مات وترك ألف درهم وأقام مسلم شهودا من النصارى على ألف على الميت وأقام نصرانى آخرين كذلك تدفع الألف المتروكة للمسلم ولا يتحاصان عنده . وعند أبى يوسف يتحاصان ، والخلاف راجع إلى أن بينة النصرانى مقبولة عنده فى حق إثبات الدين على الميت لا فى حق إثبات الشركة بينه وبين المسلم . وعلى قول أبى يوسف مقبولة فيهما اه .

والحاصل أنه على قول الإمام يلزم من إثبات الشركة والمحاصة الحكم بشهادة الكافر على المسلم (قوله إلا فى خمس مسائل) الأولى فيما إذا شهد نصرانيان على نصرانى أنه قد أسلم وهو يجحد لم تجز شهادتهما ، وكذا لو شهد عليه رجل وامرتان من المسلمين وترك على دينه ، ولو شهد نصرانيان على نصرانية أنها أسلمت جاز وأجبرت على الإسلام ولا تقتل وهذا قول الإمام اه .

---

(١) (قوله لأنه يغيظه قهره إياه) قال الرملى : الضمير فى أنه ويغيظه راجع للذمى ، وفى قهره راجع للمسلم : أى لأنه بسبب قهر المسلم إياه وإذلاله له يتقول عليه ، بخلاف ملل الكفر لأن ملة الإسلام قاهرة الكل ، فلم يبق له غيرة يستظهرون بها انتهى ، انتهى منه .

وتبطل بإسلامه قبل القضاء وكذا بعده لو بعقوبة كقود بحر (وإن اختلفا ملة) كاليهود والنصارى (و) الذمى (على المستأمن لا عكسه) ولا مرتد على مثله فى الأصح وتقبل منه على) مستأمن (مثله مع اتحاد الدار) لأن اختلاف داريهما يقطع الولاية كما يمنع التوارث .

(و) تقبل (من عدو بسبب الدين)

قال العلامة المقدسى : ينبغى أن يكون الكافر الذكر كذلك يجبر ولا يقتل كما لو أسلم مكرها أو سكران . وهو كذلك فى الولوالجية والمحيط . ونصه : لو شهد على إسلام النصرانى رجل وامرأتان من المسلمين وهو يجحد أجبر على الإسلام ولا يقتل . ولو شهد رجلان من أهل دينه وهو يجحد فشهادتهما باطلة لأن فى زعمهما أنه مرتد ولا شهادة لأهل الذمة على المرتد اه . الثانية فيما إذا شهدا على نصرانى ميت وهو مديون مسلم أى والتركة لا تفى . الثالثة فيما إذا شهدا عليه بعين اشتراها من مسلم والمسلم ينكر البيع . الرابعة فيما إذا شهد أربعة على نصرانى أنه زنى بمسلمة إلا إذا قال استكرهها فإنه يحد الرجل وحده . الخامسة فيما إذا ادعى مسلم عبدا فى يد كافر فشهد كافران أنه عبده وقضى به فلان القاضى المسلم اه (قوله وتبطل بإسلامه) أى شهادة الذمى على مثله بإسلامه : أى المشهود عليه قبل القضاء . لأنه لو قضى عليه لقضى على مسلم بشهادة الكافر (قوله وكذا بعده لو بعقوبة) كقود بحر لأن المعتبر إسلامه حال القضاء لا حال أداء الشهادة ولا حال الشهادة ، لما فى البحر عن الولوالجية : نصرانيان شهدا على نصرانى بقطع يد أو قصاص ثم أسلم المشهود عليه بعد القضاء بطلت الشهادة لأن الإمضاء من القضاء فى العقوبات اه . وهل تجب الدية . ذكر الخصاف أنها تجب الدية ، فقيل إنه قول الكل . وقيل عنده ينفذ القضاء فيما دون النفس ويقضى بالدية فى النفس . وعندهما يقضى بالدية فيهما اه شرنبلالية (قوله وإن اختلفا ملة) لأن الكفر كله ملة واحدة (قوله والذمى على المستأمن) لأن الذمى أعلى حالا منه لكونه من أهل دارنا ولذا يقتل المسلم بالذمى ولا يقتل بالمستأمن منح (قوله لا عكسه) لقصور ولايته عليه لكونه أدنى حالا منه منح (قوله ولا مرتد على مثله) والوجه فيه أنه لا ولاية له على أحد كما قدمناه (قوله فى الأصح) أى أنها لا تقبل بحال غيره كما قدمناه عن المحيط (قوله وتقبل منه) أى من المستأمن قيد به لأنه لا يتصور غيره . فإن الحربى لو دخل بلا أمان قهرا استرق ولا شهادة للعبد على أحد . فتح (قوله مع اتحاد الدار) أى بأن يكونا من أهل دار واحدة ، فإن كانوا من دارين كالروم والترك لم تقبل هداية ولا يخفى أن الضمير فى كانوا للمستأمنين فى دارنا . وبه ظهر عدم صحة ما نقل عن الحموى من تمثيله لاتحاد الدار بكونهما فى دار الإسلام والالزام توارثهما حينئذ وإن كانا من دارين مختلفين .

وفى الفتح : وإنما تقبل شهادة الذمى على المستأمن وإن كانا من أهل دارين مختلفين لأن الذمى بعقد الذمة صار كالمسلم وشهادة المسلم تقبل على المستأمن فكذا الذمى قاله سيدى الوالد رحمه الله تعالى . ويأتى تأييده فى المقولة الآتية إن شاء الله تعالى (قوله لأن اختلاف داريهما) قال فى البحر : ويستثنى من الحربى على مثله ما إذا كانا فى دارين مختلفين كالإفرنج والحبش لانقطاع الولاية بينهما . ولهذا لا يتوارثان . والدار تختلف باختلاف المنعة والملك اه والذى فى المنح ونحوه فى القهستانى التعبير بما إذا كانا من دارين . فيفيد أنهما لو كانا فى دارنا وهما من دارين لا تقبل شهادتهما على الآخر . لأن الإرث يمتنع فى هذه الصورة لوجود الاختلاف الحكمى ، وهذا هو الظاهر خلافا لما أفاده الحموى كما تقدم فى المقولة السابقة . فإنهما إذا كانا فى داريهما لا وجه للقضاء بشهادته لأن دار الحرب ليست دار أحكام فليتأمل ط (قوله عدو) العدو : من يفرح

لأنها من التدين ، بخلاف الدنيوية فإنه لايؤمن من التقوّل عليه كما سيجىء . وأما الصديق لصديقه فتقبل

لحزنك ويحزن لفرحك ، وقيل يعرف بالعرف بحر ، ومثله فى فتاوى على أفندى عن خزانة المفتين .

قال العلامة النحرير السيد الشريف محمود أفندى حمزة مفتى دمشق الشام فى فتاواه بعد كلام : فتحصل من هذا أن من يفرح لحزن الآخر ويحزن لفرحه فهو عدوّه، وكل عدوّ ترد شهادته إذا كانت دنيوية ، فمن يفرح لحزن الآخر ويحزن لفرحه تردّ شهادته ، فالصغرى مسلمة لما فى البحر وعلى افندى من تعريف العدوّ والكبرى مسلمة للحديث الشريف(١) الذى هو دليل المجتهد، فأنتج لذاته أن من يفرح لحزن الآخر ويحزن لفرحه ترد شهادته ، ثم إذا حكم بها حاكم لا ينفذ حكمه لما فى البحر أيضا : وكيف لا ترد شهادة من اتصف بهذه الصفة وهى مما تتناهى به العداوة ، وقد وصف الله تعالى بها المنافقين فى كتابه العزيز — إن تمسسكم حسنة تسؤهم وإن تصبكم سيئة يفرحوا بها — . قال القاضى : بيان تناهى عداوتهم إلى حد حسد وأمانالهم من خير ومنفعة وتمنوا ما أصابهم من ضرر وشدة فخذ الجواب مع الدليل والبرهان والله تعالى أعلم اه (قوله لأنها من التدين) فيدل على كمال دينه وعدالته ، وهذا لأن المعاداة قد تكون واجبة ، بأن رأى فيه منكرا شرعا ولم ينته بنهيه وقد قبلوا شهادة المسلم على الكافر مع ما بينهما من العداوة الدينية حموى (قوله بخلاف الدنيوية) كشهادة المقذوف على القاذف ، والمقطوع عليه الطريق على القاطع ، والمقتول وليه على القاتل ، والمجروح على الجارح ، والزوج على امرأته بالزنا إذا كان قذفها أولا ، فالعداوة ليس كما يتوهمه بعض المتفقهة ، أو الشهود أن كل من خاصم شخصا فى حق وادعى عليه أن يصير عدوّه فيشهد بينهما بالعداوة بل العداوة إنما تثبت بنحو ما ذكرنا .

وفى القنية أن العداوة بسبب الدنيا لاتمنع به ما لم يفسق بسببها أو يجلب منفعة أو يدفع بها عن نفسه مضرة وهو الصحيح وعليه الاعتماد اه .

وفى فتاوى المصنف : سئل عن رجل شتم آخر وقذفه فهل تثبت العداوة الدنيوية بينهما بهذا القدر ، حتى لو شهد لا تقبل . أجاب : ظاهر كلامهم أن العداوة الدنيوية تثبت بهذا القدر ، فقد صرح فى شرح الوهبانية أنها : أى العداوة تثبت بنحو القذف وقتل الولى اه .

مطلب الفسق لايتجزأ

ولا تقبل شهادة من فيه عداوة دنيوية على عدوه ، ولا على غيره بل تكون قادحة فى حق جميع الناس ، فإن الفسق لايتجزأ حتى يكون فاسقا فى حق شخص لا فى حق غيره، ويقاس على عدم تجزئ الفسق ما لوكان ناظرا على أوقاف عديدة وثبت فسقه بسبب خيانة فى واحد منها ، فإنه يسرى فى كلها فيعزل منها جميعا كما أفتى به المفتى أبو السعود العمادى المفسر فى فتاويه ، ولو ادعى شخص عداوة آخر يكون اعترافا منه بفسق نفسه ؛ ولو شهد الشاهد على آخر فخاصم المشهود عليه الشاهد قبل القضاء لا يمتنع القضاء بشهادته إلا إذا ادعى أنه دفع إليه كذا لئلا يشهد عليه وطلب الرد وأثبت دعواه ببينة أو إقرار أو نكول فتبطل شهادته ، وهو جرح مقبول كما صرحوا به ، لكن قال سيدى الوالد فى جواب سؤال عمن شهد عليه شهود بحق وزكوا فتعلل المدعى

---

(١) هو قوله عليه الصلاة والسلام « لاتجوز شهادة ذى الظنة ولا ذى الحنة » رواه الحاكم والبيهقى ، وهو حديث صحيح . وذو الحنة : العدو . قال فى النهاية : الحنة العداوة .

. . . .

عليه أن الشهود من زكاهم أعداء له بسبب تشاجر معهم على قمار ولعب. فأجاب بعد كلام حاصله: فى الحادثة المسئول عنها ربما أنه فسق بها إذ العداوة جرت بينهما على ما قاله المدعى عليه بسبب قمار ولعب محرمين شرعا، ولكن المتأخرون على الأول من الإطلاق سواء فسق بها أولا . والحديث الشريف شاهد لما عليه المتأخرون كما رواه أبو داود مرفوعا «لا تجوز شهادة خائن ولاذى غمر على أخيه» والغمر : الحقد . ويمكن حمله على ما إذا كان غير عدل بدليل أن الحقد فسق للنهى عنه كما أفاده فى البحر .

مطلب العداوة إذا فسق بها لا تقبل شهادته على أحد ،

وإن لم يفسق بها تقبل على غير عدوه

وقال العلامة الخير الرملى فى فتواه : فتحصل من ذلك أن شهادة العدو على عدوه لا تقبل وإن كان عدلا وصرح يعقوب باشا فى حاشيته بعدم نفاذ قضاء القاضى بشهادة العدو على عدوه . والمسألة دوارة فى الكتب فإذا أثبت المدعى عليه العداوة ثبوتا شرعيا فتجرى الأحكام المذكورة من عدم صحة أداء الشهادة والتزكية المذكورة لثبوت عداوتهم بالسببين المرقومين المحرمين شرعا وسبب الحقد وأنهم ممن يفرحون لحزنه ويحزنون لفرحه اه وتمامه فيه .

فإن قلت : العداوة الدنيوية فسق لأنه لايحل معاداة المسلم لأجل الدنيا . فهلا استغنى عنه بقوله لا تقبل شهادة الفاسق .

قلت : للفرق بينهما . فإنه لو قضى بشهادة الفاسق صح وأثم كما مر. ولو قضى بشهادة العدو بسبب الدنيا لا ينفذ لأنه ليس بمجتهد فيه كما نقله المصنف عن يعقوب باشا : لكن قال المنلا عبد الحليم فى حاشيته على الدرر : وقد جاءت الرواية بعدم قبول شهادة عدو بسبب الدنيا مطلقا . والتحقيق فيه أن من العداوة المؤثرة فى العدالة كعداوة المجروح على الجارح وعداوة ولى المقتول على القاتل . ومنها غير مؤثرة كعداوة شخصين بينهما وقعت مضاربة أو مشاتمة أو دعوى مال أو حق فى الجملة فشهادة صاحب النوع الأول لا تقبل كما هو المصرح فى غالب كتب أصحابنا . والمشهور على ألسنة فقهائنا : وشهادة صاحب النوع الثانى تقبل لأنه عدل . وبهذا التحقيق يحصل التوافق بين الروايتين وبين المتن والشرح وإن لم يهتد المصنف إليه : الحمد لله الذى هدانا لهذا اه .

قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى بعد كلام : والحاصل أن فى المسألة قولين معتمدين . أحدهما عدم قبولها على العدو وهذا اختيار المتأخرين وعليه صاحب الكنز والملتقى ومقتضاه أن العلة العداوة لا الفسق وإلا لم تقبل على غير العدو أيضا .

ثانيهما أنها تقبل إلا إذا فسق بها . واختاره ابن وهبان وابن الشحنة اه . وهل حكم القاضى فى العداوة حكم الشاهد . قال شارح الوهبانية : لم أقف عليه فى كتب أصحابنا . وينبغى أن يكون الجواب فيه على التفصيل إن كان قضاؤه عليه بعلمه لا ينفذ ، وإن كان بشهادة من العدول وبمحضر من الناس فى مجلس الحكم بطلب خصم شرعى ينفذ ذكره الحموى. وسياق كلام البرجندى يفيد أن شهادة العدو لعدو مقبولة لعدم التهمة . وهذا بناء على أن العلة التهمة . أما إذا كانت العلة الفسق فلا فرق . وقد اختلف تعليل المشايخ فى ذلك . قال أبو السعود : ولعل فى المسألة قولين . منهم من علل بالأول . ومنهم من علل بالثانى اه .

إلا إذا كانت الصداقة متناهية بحيث يتصرف كل فى مال الآخر فتاوى المصنف معزيا لمعين الحكام(و) من (مرتكب صغيرة) بلا إصرار (إن اجتنب الكبائر) كلها وغلب صوابه على صغائره درر وغيرها ، قال وهو معنى العدالة .

وفى الخلاصة : كل فعل يرفض المروءة والكرم فهو كبيرة وأقره ابن الكمال

أقول : قد علمت ما قدمناه عن سيدى الوالد أنهما قولان معتمدان وأن المتون على عدم قبولها وإن لم يفسق بها للتهمة (قوله إلا إذا كانت الصداقة متناهية) أى فإنها لاتقبل للتهمة (قوله بلا إصرار) أى تقبل من مرتكب صغيرة بلا إصرار ، لأن الإلمام من غير إصرار لا يقدح فى العدالة إذ لا يوجد من البشر من هو معصوم سوى الأنبياء عليهم الصلاة والسلام ، فيؤدى اشتراط العصمة إلى سد باب الشهادة وهو مفتوح . أما إذا أصر عليها وفرح بها أو استخف ، إن كان عالما يقتدى به فهى كبيرة كما ذكره بعضهم (قوله إن اجتنب الكبائر كلها وغلب صوابه على صغائره) الأولى أن يقول على خطئه ، وأشار إلى أنه كان ينبغى أن يزيد وبلا غلبة . قال ابن الكمال لأن الصغيرة تأخذ حكم الكبيرة بالإصرار ، وكذا بالغلبة على ما أفصح عنه فى الفتاوى الصغرى حيث قال : العدل من يجتنب الكبائر كلها ، حتى لو ارتكب كبيرة تسقط عدالته وفى الصغائر العبرة للغلبة والدوام على الصغيرة لتصير كبيرة ولذا قال وغلب صوابه (قوله وهو معنى العدالة) قال الكمال : أحسن ما نقل فيها عن أبى يوسف أن لا يأتى بكبيرة ولايصر على صغيرة ، ويكون ستره أكثر من هتكه ، وصوابه أكثر من خطئه ، ومروءته ظاهرة ، ويستعمل الصدق ويجتنب الكذب ديانة ومروءة اه .

قال القهستانى : من اجتنب الكبائر وفعل مائة حسنة وتسعا وتسعين صغيرة فهو عدل ، وإن فعل حسنة وصغيرتين ليس بعدل اه . قال فى البحر : هى الاستقامة ، وهى بالإسلام واعتدال العقل ويعارضه(١) هوى يضله ويصده، وليس لكمالها حد يدرك مداه ، ويكتفى لقبولها بأدناه كى لاتضيع الحقوق ، وهو رجحان جهة الدين والعقل على الهوى والشهوة اه وتمامه فيه (قوله كل فعل يرفض المروءة والكرم فهو كبيرة) أى كل فعل من الذنوب والمعاصى فهو كبيرة ، إذ يبعد أن يقال إن الأكل فى السوق مثلا لغير السوقى كبيرة ، بل قالوا إنما يحرم عليه ذلك إذا كان متحملا شهادة لئلا يضيع حق المشهود له . وعبارة الخلاصة بعد أن نقل القول بأن الكبيرة ما فيه حد بنص الكتاب . قال : وأصحابنا لم يأخذوا بذلك وإنما بنوا على ثلاثة معان : أحدها ما كان شنيعا بين المسلمين وفيه هتك حرمة ، والثانى أن يكون فيه منابذة المروءة والكرم، فكل فعل يرفض المروءة والكرم فهو كبيرة. والثالث أن يكون مصرا على المعاصى أوالفجور اه . وتعقبه فى فتح القدير بأنه غير منضبط وغير صحيح اه ولذا قال المحشى فيما ذكره الشارح عنها . قال إلا أن يراد الكبيرة من حيث منع الشهادة . قال القهستانى : هذا التعريف غير الأصح .

قال فى الذخيرة : الأصح أن ما كان شنيعا بين المسلمين وفيه هتك حرمة الدين فهو من الكبائر ، وكذا ما فيه نبذ المروءة والكرم ، وكذا الإعانة على المعاصى والحث عليها . وفى معين المفتى : رفض المروءة ارتكاب ما يعتذر منه ويضعه عن رتبته عند أهل الفضل .

قال العينى : اختلفوا فى الكبيرة . فقال أهل الحجاز وأهل الحديث : هى السبع المذكورة فى الحديث المشهور ، وهى الإشراك بالله ، والفرار من الزحف ، وعقوق الوالدين ، وقتل النفس ، وبهت المؤمن ،

---

(١) (قوله ويعارضه الخ) لعله ومعارضة فليحرر .

قال : ومتى ارتكب كبيرة سقطت عدالته

والزنا ، وشرب الخمر . وزاد بعضهم عليها أكل الربا ، وأكل أموال اليتامى بغير حق . وقيل ما ثبت حرمته بدليل مقطوع به فهو كبيرة ، وقيل ما فيه حد أو قتل فهو كبيرة . وقيل كل ما أصر عليه المرء فهو كبيرة ، وما استغفر عنه فهو صغيرة .

والأوجه ما ذكره المتكلمون أن كل ذنب فوقه ذنب وتحته ذنب فبالنسبة إلى ما فوقه فهو صغيرة وإلى ما تحته فهو كبيرة . والأصح ما نقل عن شمس الأئمة الحلوانى أنه قال : كل ما كان شنيعا بين المسلمين وفيه هتك حرمة الله تعالى والدين فهو من جملة الكبائر اه (قوله ومتى ارتكب كبيرة سقطت عدالته) غير أن الحكم بزوال العدالة بارتكاب الكبيرة يحتاج إلى الظهور فلذا شرط فى شرب المحرم الإدمان اه حموى .

وفى القهستانى عن قضاء الخلاصة : المختار اجتناب الإصرار على الكبائر ، فلو ارتكب كبيرة مرة قبلت شهادته . قال فى الفتح : وما فى الفتاوى الصغرى : العدل من يجتنب الكبائر كلها ، حتى لو ارتكب كبيرة تسقط عدالته وفى الصغائر العبرة للغلبة لتصير كبيرة حسن ، ونقله عن أدب القضاء لعصام وعليه المعول ؛ غير أن الحكم بزوال العدالة بارتكاب الكبيرة يحتاج إلى الظهور فلذا شرط فى شرب المحرم والسكر الإدمان . والله سبحانه أعلم اه وإذا سقطت عدالته تعود إذا تاب . لما صرحوا بأن المحدود فى القذف إذا تاب فهو عدل : أى وإن لم تقبل شهادته ، لكن قال فى البحر : وفى الخانية الفاسق إذا تاب لا تقبل شهادته ما لم يمض عليه زمان يظهر التوبة ، ثم بعضهم قدره بستة أشهر . وبعضهم قدره بسنة . والصحيح أن ذلك مفوض إلى رأى القاضى والمعدل .

وفى الخلاصة : ولو كان عدلا فشهد بزور ثم تاب فشهد تقبل من غير مدة اه وسيأتى الكلام عليه فى هذا الباب وقبل باب الرجوع عن الشهادة فى كلام الشارح ، وقدمنا أن الشاهد إذا كان فاسقا سرا لاينبغى أن يخبر بفسقه كى لا يبطل حق المدعى ، وصرح به فى العمدة أيضا والخانية ، والظاهر أنه لا يحل اه ذلك كما استظهر سيدى الوالد رحمه الله تعالى .

قال فى الخانية قبل التزكية : والتعديل المعروف بالعدالة إذا شهد بزور عن أبى يوسف أنه لا تقبل شهادته أصلا أبدا لأنه لا تعرف توبته . وروى الفقيه أبو جعفر أنه تقبل شهادته وعليه الاعتماد اه . وفيها : من اتهم بالفسق لا تبطل عدالته ، والمعدل إذا قال الشاهد هو متهم بالفسق لا تبطل عدالته اه .

ولا بأس بذكر أفراد سقطت عدالتهم نص عليها : منها إذا ترك الصلاة بجماعة بعد كون الإمام لا طعن فيه فى دين ولا حال ، وإن كان متأولا فى تركها بأن يكون معتقدا فضيلة أول الوقت والإمام يؤخر الصلاة أو غير ذلك لاتسقط عدالته بالترك ، وكذا من ترك الجمعة من غير عذر ، فنهم من أسقطها بمرة واحدة كالحلوانى ، ومنهم من شرط ثلاث مرات والأول أوجه . وذكر الإسبيجابى أن من أكل فوق الشبع سقطت عدالته عند الأكثر ولابد من كونه فى غير إرادة التقوى على صوم الغد أو مؤانسة الضيف اه . والإعانة على المعاصى والحث عليها كبيرة ، ولا تقبل شهادة الطفيلى والرقاص والمجازف فى كلامه والمسخرة بلا خلاف ، ولا من يحلف فى كلامه كثيرا . ولا تقبل شهادة البخيل والذى أخر الفرض بعد وجوبه لغير عذر ، إن كان له وقت معين كالصلاة بطلت عدالته ، وإن لم يكن له وقت معين كالزكاة والحج اختلفت فيه الرواية والمشايخ . وذكر الخاصى عن قاضيخان أن الفتوى على سقوطها بتأخير الزكاة من غير عذر بخلاف تأخير الحج ، وبركوب بحر الهند لأنه مخاطر بنفسه ودينه

(و) من (أقلف) لو لعذر وإلا لا ، وبه نأخذ بحر . والاستهزاء بشيء من الشرائع كفر ابن كمال

من سكنى دار الحرب وتكثير سوادهم وعددهم لأجل المال ومثله لايبالى بشهادة الزور . ولا تقبل شهادة من يجلس مجلس الفجور والمجانة والشرب وإن لم يشرب كما فى الهندية ، وتمام ذلك فى المطولات . وفى البحر عن العتابية : من آجر بيته لمن يبيع الخمر لم تسقط عدالته اهـ (قوله ومن أقلف) إذ تقبل شهادة الكبير الذى لم يختتن لأن العدالة لاتخل بترك الختان لكونه سنة عندنا كذا أطلقه فى الكنز وغيره وتبعهم المصنف (قوله لو لعذر) بأن يتركه خوفا على نفسه أما إذا تركه بغير عذر لم تقبل كما قيده قاضيخان ، وقيده فى الهداية بأن لايتركه استخفافا بالدين ، أما إذا تركه استخفافا لم تقبل لأنه لم يبق عدلا ؛ وكما تقبل شهادته تصح إمامته كما فى فتح القدير .

مطلب فى وقت الختان

واختلفوا فى وقته ، فالإمام لم يقدر له وقتا معلوما لعدم ورود النص به ، وهذه إحدى المسائل التى توقف الإمام فى الجواب عنها . وقدره المتأخرون . واختلفوا والمختار أن أول وقته سبع وآخره اثنتا عشرة كذا فى الخلاصة من باب اليمين فى الطلاق والعتاق ولعل أن سبع سنين أول وقت استغناء الصبى عن الغير فى الأكل والشرب واللبس والإستنجاء حيث يتحمل بمثله ووقت الاحتياج إلى التأديب وتهذيب الأخلاق ، ولذلك كان ذلك نهاية مدة الحضانة بل وقت كونه مأمورا بالصلاة ولو ندبا ومن جملته الختان أيضا ، وكونه ابن اثنتى عشرة سنة وقت المراهقة البتة واحتمال البلوغ فيه . فحينئذ يجرى عليه قلم التكليف فرضا ووجوبا وسنة وندبا ، ومن جملته كشف العورة وهو حرام على البالغين من غير محرم . فظهر أن وقت الختان على الوجه المسنون يتم عنده ، فلو قال رجل إن بلغ ولدى الختان فلم أختنه فامرأتى طالق . فإن نوى أول الوقت لايحنث مالم يبلغ سبع سنين ، وإن نوى آخره قال الصدر الشهيد : المختار أنه اثنتا عشرة سنة . وهو سنة للرجال مكرمة للنســاء ، إذ جماع المختونة ألذ . وكان ابن عباس لايجيز ذبيحة الأقلف ولا شهادته اهـ بحر ملخصا . وفيه فائدة من كراهية فتاوى العتابى . وقيل فى ختان الكبير إذا أمكن أن يختن نفسه فعل وإلا لم يفعل إلا أن يمكنه أن يتزوج أو يشترى ختانة تختنه . وذكر الكرخى فى الكبير يختنه الحمامى وكذا عن ابن مقاتل .

مطلب لابأس للحمامى أن يطلى عورة غيره بالنورة إذا غض بصره حالة الضرورة

لابأس للحمامى أن يطلى عورة غيره بالنورة انتهى ، لكن قال فى الهندية بعد أن نقل عن التتارخانية أن أبا حنيفة كان لايرى بأسا بنظر الحمامى إلى عوة الرجل ، ونقل أنه مايباح من النظر للرجل من الرجل يباح المس ونقله عن الهداية ونقل ما نقلناه ، لكن قيده بما إذا كان يغض بصره . ونقل عن الفقيه أبى الليث أن هذا فى حالة الضرورة لافى غيرها ، وقال : وينبغى لكل واحد أن يتولى عانته بيده إذا تنور كما فى المحيط فليحفظ .

أقول : ومعنى ينبغى هنا الوجوب كما يظهر فتأمل (قوله بحر) ومثله فى التتارخانية (قوله والاستهزاء بشى من الشرائع كفر) أشار إلى فائدة تقييده فى الهداية بأن لايترك الختان استخفافا بالدين (قوله ابن كمال) عبارته : والأقلف لأنه لايخل بالعدالة إذا تركه استخفافا بالدين . قال الرازى : لم يرد بالاستخفاف الإستهزاء لأن الاستهزاء بشىء من الشرائع كفر ، وإنما أراد به التوانى والتكاسل اهـ ح وكذا ذكر مثله عزمى زاده مؤولا عبارة الدرر .

(وخصى) وأقطع (وولد الزنا) ولو بالزنا خلافا لمالك (وخنثى) كأنثى لو مشكلا وإلا فلا إشكال (وعتيق لمعتقه وعكسه) إلا لتهمة ، لما فى الخلاصة : شهدا بعد عتقهما أن الثمن كذا عند اختلاف بائع ومشتر لم تقبل لجر النفع بإثبات العتق (ولأخيه وعمه ومن محرم رضاعا أو مصاهرة) إلا إذا امتدت الخصومة وخاصم معه

مطلب فى شهادة الخصى

(قوله وخصى) بفتح الخاء : منزوع الخصا ، لأن عمر رضى الله تعالى عنه قبل شهادة علقمة الخصى على قدامة بن مظعون رواه ابن شيبة(١) ولأنه قطع منه عضو ظلما فصار كمن قطعت يده ظلما فهو مظلوم ، نعم لو كان ارتضاه لنفسه وفعله مختارا منع فتح (قوله وأقطع) إذا كان عدلا ، لما روى « أن النبى صلى الله عليه وسلم قطع يد رجل فى السرقة ثم كان بعد ذلك يشهد فيقبل شهادته » منح (قوله وولد الزنا) لأن فسق الوالدين لا يوجب فسق الولد ككفرهما منح (قوله ولو بالزنا) أى ولو شهد بالزنا على غيره تقبل ، أطلقه فشمل ما إذا شهد بالزنا أو بغيره خلافا لمالك فى الأول كما فى المنح (قوله كأنثى) فيقبل مع رجل وامرأة فى غير حد وقود (قوله لو مشكلا) فى كل الأحكام شرنبلالية ، والأولى أن يقول وهو كأنثى (قوله وعتيق لمعتقه) أى تقبل شهادته ، لأن شريحا قبل شهادة قنبر لعلى وهو عتيقه . وأشار باللام إلى أن شهادته على المعتق تقبل بالأولى كما صرح به متنا بقوله وعكسه ، وقنبر بفتح القاف ، وأما بضم القاف فجد سيبويه . ذكره الذهبى فى مشتبه الأنساب والأسماء .

مطلب فى ترجمة شريح القاضى

وشريح بن الحرث بن قيس الكوفى النخعى القاضى أبو أمية ، تابعى ثقة . وقيل له صحبة ، مات قبل الثمانين أو بعدها وله مائة وثمان سنين أو أكثر ، واستقضاه عمر رضى الله تعالى عنه على الكوفة ، ولم يزل بعد ذلك قاضيا خمسا وسبعين سنة إلا ثلاث سنين امتنع فيها من القضاء فى فتنة الحجاج فى حق ابن الزبير حيث استعفى الحجاج من القضاء فأعفاه ، ولم يقض إلى أن مات الحجاج كما فى البحر وشرح جلال الدين التبانى على المنار (قوله أن الثمن كذا) ولو شهدا بإيفائه أو إبرائه تقبل مقدسى (قوله لجر النفع بإثبات العتق) لأنه لولا شهادتهما لتحالفا وفسخ البيع المقتضى لإبطال العتق منح ، لكن تقدم فى آخر باب الإقالة أنه لا يخالف بعد خروج المبيع عن ملكه لأنه يشترط قيام المبيع عند الاختلاف فى التحالف إلا إذا استهلكه فى يد البائع غير المشترى فراجعه وتأمل (قوله ومن محرم رضاعا) كابنه منه .

وفى الأقضية : تقبل لأبويه من الرضاع ، ولمن أرضعته امرأته ، ولأم امرأته وابنها بزازية من الشهادة (قوله أو مصاهرة) كأم امرأته وبنتها وزوج بنته وامرأة أبيه وابنه ، لأن الأملاك بينهم متميزة والأيدى متحيزة ، ولا بسوطة لبعضهم فى مال بعض فلا تتحقق التهمه ، بخلاف شهادته لقرابته ولاداً درر ، ومثله فى البحر (قوله إلا إذا امتدت الخصومة) أى سنين كما فى المنح عن القنية ، والظاهر أنه اتفاق . قال ابن وهبان : وقياس ذلك أن يطرد فى كل قرابة ، والفقه فيه أنه لما كثر منه التردد مع المخاصم صار بمنزلة الخصم للمدعى عليه : قال أبو السعود : والتقييد بعدم الخصام على القول به لا يخص الشهادة للأخ ونحوه اه .

---

(١) (قوله ابن شيبة) هكذا بأصله ولعل الصواب ابن أبى شيبة فليحرر اه مصححه .

على مافى القنية . وفى الخزانة : تخاصم الشهود والمدعى عليه تقبل لو عدولا (ومن كافر على عبد كافر مولاه مسلم أو) على وكيل (حر كافر موكله مسلم لا) يجوز (عكسه) لقيامها على مسلم قصدا وفى الأول ضمنا .

قال المنلاعبدالحليم : ولا يذهب عليك أن المعتمد عليه قبول شهادة عدو بسبب الدنيا لو عدلا : أى بمجرد الخصومة على ماتقدم ، وذا لاينافى ذلك لأن المتردد المذكور بمنزلة المدعى لابمنزلة العدو تدبر (قوله على مافى القنية) يعنى إذا كان مع المدعى أخ أو ابن عم يخاصمان له مع المدعى عليه ثم شهدا لاتقبل شهادتهما فى هذه الحادثة بعد هذه الخصومة ، وكذا كل قرابة وصاحب تردد فى المخاصمة سنين لأنه بطول التردد صار بمنزلة الخصم للمدعى عليه كما فى الوهبانية (قوله وفى الخزانة الخ) أى خاصماه عند أداء الشهادة عليه بأنه نسبهما إلى الكذب فدفعا عن أنفسهما ، ومسألة القنية فيما إذا خاصماه مع قريبه على الحق الذى يدعيه (قوله تقبل لو عدولا) قال فى المنح عن البحر : وينبغى حمله على ماإذا لم يساعد المدعى فى الخصومة أو لم يكثر ذلك توفيقا اهـ . وفق الرملى بغيره حيث قال : مفهوم قوله لو عدولا أنهم إذا كانوا مستورين لاتقبل وإن لم تمتد الخصومة للتهمة بالمخاصمة ، وإذا كانوا عدولا تقبل لإرتفاع التهمة مع العدالة ، فحمل مافى القنية على ماإذا لم يكونوا عدولا توفيقا ، وماقلناه أشبه لأن المعتمد فى باب الشهادة العدالة (قوله على عبد كافر مولاه مسلم) لأن هذه شهادة قامت على إثبات أمر على الكافر قصدا ولزم منه الحكم على المولى المسلم ضمنا ، على أن استحقاق مالية المولى غير مضاف إلى الشهادة لأنه ليس من ضرورة وجوب الدين عليه استحقاق مالية المولى لامحالة بل ينفك عنه فى الجملة (قوله لايجوز عكسه) وهو ماإذا كان العبد مسلما مولاه كافر ؛ يعنى لاتجوز شهادة الكافر على عبد مسلم مولاه كافر ، وعلى وكيل مسلم موكله كافر ، فإن كان مسلما له عبد كافر أذن له بالبيع والشراء فشهد عليه شاهدان كافران بشراء وبيع جازت شهادتهما عليه ، لأن هذه شهادة قامت على إثبات أمر على الكافر قصدا وعلى المسلم ضمنا كما تقدم ، ولو أن مسلما وكل كافرا بشراء أو بيع فشهد على الوكيل شاهدان كافران بشراء أو بيع لاتقبل شهادتهما عليه لأنها شهادة كافر قامت لإثبات حق على مسلم قصدا كما فى الدرر والغرر (قوله إن لم يكن عليه دين لمسلم) هذا ظاهر إن كانت التركة لايخرج منها الدينان ، وأما إذا كانت متسعة لم يكن فيها شبهة أنه تنقيص شهادة على حق مسلم .

وفى المنح : نصرانى مات عن مائة فأقام مسلم شاهدين نصرانيين عليه بمائة ومسلم ونصرانى بمثله فالثلثان له والباقى بينهما اهـ أى لأن شهادة أهل الذمة على المسلم لا تقبل وهنا لا تقبل فى مشاركة الذمى للمسلم فى المائة .

والحاصل أنها أثبتت الدين على الميت دون المشاركة مع الغريم المسلم وأن المسلم لما ادعى المائة مع النصرانى صار طالبا نصفها والمنفرد بطلب كلها فتقسم عولا عند الإمام فلمدعى الكل الثلثان لأن له نصفين وللمسلم الثلث لأن له نصفا فقط ، ولكن لما ادعاه مع النصرانى قسم بينهما .

قال سيدى الوالد : نصرانى مات وترك ألف درهم وأقام مسلم شهودا من النصارى على ألف على الميت وأقام نصرانى آخرين كذلك فالألف المتروكة للمسلم عنده . وعند أبى يوسف يتحاصان ، والأصل أن القبول عنده فى حق إثبات الدين على الميت فقط دون إثبات الشركة بينه وبين المسلم ، وعلى قول الثانى فى حقهما ذخيرة ملخصا . وبه ظهر أن قبولها على الميت غير مقيد بما إذا لم يكن عليه دين لمسلم ، نعم هو قيد لإثباتها الشركة بينه وبين المدعى الآخر ، فإذا كان الآخر نصرانيا أيضا يشاركه وإلا فالمال للمسلم ، إذ لو شاركه لزم قيامها على المسلم وظهر أيضا أن المصنف ترك قيدا لابد منه وهو ضيق التركة عن الدينين وإلا لا يلزم قيامها على المسلم كما لا يخفى ، هذا ما ظهر لى بعد التنقير التام (قوله بحر) نص عبارته : وتقبل شهادة الذمى بدين

(و) تقبل (على دمى ميت وصيه مسلم إن لم يكن عليه دين لمسلم) بحر .
وفى الأشباه : لا تقبل شهادة كافر على مسلم إلا تبعا كما مر أو ضرورة فى مسألتين .
فى الإيصاء : شهد كافران على كافر أنه أوصى إلى كافر وأحضر مسلما عليه حق للميت .
وفى النسب شهدا أن النصرانى ابن الميت فادعى على مسلم بحق ، وهذا استحسان ووجهه فى الدرر

على ذمى ميت وإن كان وصيه مسلما بشرط أن لا يكون عليه دين لمسلم ، فإن كان فقد كتبناه عن الجامع اه . والذى كتبه هو قوله نصرانى مات عن مائة فأقام مسلم شاهدين عليه بمائة ومسلم ونصرانى بمثله فالثلثان له والباق بينهما والشركة لا تمنع لأنها بإقراره اه .

ووجهه أن الشهادة الثانية لا تثبت للذمى مشاركته مع المسلم كما قدمناه ، ولكن المسلم لما ادعى بطلب كلها فتقسم عولا فلمدعى الكل الثلثان لأن له نصفين وللمسلم الآخر الثلث لأن له نصفا فقط لكن لما ادعاه مع النصرانى قسم الثلث بينهما ، وهذا معنى قوله والشركة لا تمنع لأنها بإقراره .

قال سيدى الوالد : ويقدم دين الصحة وهو ما كان ثابتا بالبينة أو الإقرار فى حال الصحة ، وقد يرجح بعضهم على بعض كالدين الثابت على نصرانى بشهادة المسلمين فإنه مقدم على الثابت بشهادة أهل الذمة عليه ، والدين الثابت بدعوى المسلم عليه يقدم على الدين الثابت عليه بدعوى كافر إذا كان شهودهما كافرين أو شهود الكافر فقط ، أما إذا كان شهودهما مسلمين أو شهود الكافر فقط فهما سواء اه فافهم . وتمام الكلام على هذه المسألة وفروعها يطلب من البحر وحاشيته لسيدى الوالد .

قال الرملى فى حاشيته على البحر : فتحصل أن الوصى يخالف الوكيل فى البيع والشراء ، وقد تقرر أن الوكيل فى الحقوق المتعلقة بهما أى البيع والشراء أصيل والوصى قائم مقام الوصى ، وقول صاحب الظهيرية استحسانا صريح فى أن العمل به وقد صرح صاحب المحيط بما فى الظهيرية اه (قوله كما مر) أى فى العبد الكافر وسيده مسلم والوكيل الكافر وموكله مسلم . وزاد فى الأشباه : عليهما إثبات توكيل كافر كافرا بكافرين بكل حق له بالكوفة على خصم كافر فيتعدى إلى خصم مسلم اه (قوله أو ضرورة فى مسألتين) حمل القبول فيهما فى الشرنبلالية بحثا على ما إذا كان الخصم المسلم مقرا بالدين منكرا للوصاية والنسب فتقبل شهادة الذميين لأنها شهادة على النصرانى الميت ، أما لو كان منكرا للدين كيف تقبل شهادة الذميين عليه (قوله وأحضر) أى الوصى (قوله ابن الميت) أى النصرانى (قوله فادعى على مسلم بحق) أى ثابت أى وأقام شاهدين نصرانيين نسبه تقبل استحسانا .

مطلب حادثة الفتوى

(قوله ووجهه فى الدرر) حيث قال فيها : وجه الاستحسان أن المسلمين لا يحضرون موت النصارى والوصايا تكون عند الموت غالبا ، وسبب ثبوت النسب النكاح وهم لا يحضرون نكاحهم ، فلو لم تقبل شهادة النصارى على المسلم فى إثبات الإيصاء الذى بناؤه على الموت والنسب الذى بناؤه على النكاح أدى إلى ضياع الحقوق المتعلقة بالإيصاء فقبلت ضرورة كما قبلت شهادة القابلة اه .

مطلب أسلم زوجها ومات تقبل شهادة أهل الذمة على مهرها

قال عبد الحليم فى حاشيته : وفيه إشارة إلى حادثة الفتوى ، وهى : ذمية أسلم زوجها ثم مات فادعت

(والعمال) للسلطان (إلا إذا كانوا أعوانا على الظلم) فلا تقبل شهادتهم لغلبة ظلمهم كرئيس القرية والجابى والصراف والمعرّفون فى المراكب والعرفاءفى جميع الأصناف ومحضرقضاة العهد والوكلاء المفتعلة والصكاك

مهرها عليه بوجه خصم شرعى قبلت شهادة أهل الذمة اثبوت مهرها عليه لضرورة عدم حضور المسلمين نكاحهم (قوله والعمال) بضم العين وتشديد الميم جمع عامل : وهم الذين يأخذون الحقوق الواجبة كالخراج ونحوه عند الجمهور ، لأن نفس العمل ليس بفسق ، فبعض الصحابة رضى الله عنهم عمال (قوله للسلطان) هذا هو المراد بهم عند عامة المشايخ كما فى البحر .

وفيه عن السراجية معزيا إلى الفقيه أبى الليث : إن كان العامل مثل عمر بن عبد العزيز فشهادته جائزة . وإن كان مثل يزيد بن معاوية فلا اه . وفى إطلاق العامل على الخليفة نظر ، والظاهر منه أنه من قبل عملا من الخليفة اه (قوله إلا إذا كانوا أعوانا على الظلم الخ) أى كعمال زماننا قاله فخر الإسلام لكن نقل فى البحر عن الهداية أن العامل إذا كان وجيها فى الناس ذا مروءة لايجازف فى كلامه تقبل شهادته كما مر عن أبى يوسف فى الفاسق لأنه لوجاهته لا يقدم على الكذب يعنى ولو كان عونا على الظلم كما فى العناية اه .

مطلب فى شهادة مختار القرية وموزع النوائب

(قوله كرئيس القرية) هو المسمى شيخ البلد وهم من أعون الناس على الظلم لغيرهم غير ظلم الناس لأنفسهم خاصة ، ويسمى فى بلادنا شيخ الضيعة ومختار القرية . قال فى الفتح : وقدمنا عن البزدوى أن القائم بتوزيع هذه النوائب السلطانية والجبايات بالعدل بين المسلمين مأجور وإن كان أصله ظلما فعلى هذا تقبل شهادته اه (قوله والجابى) أى جابى الظلم (قوله والصراف) الذى يجمع عنده المال ويأخذه طوعا (قوله والمعرفون) بالواو وفى بعض النسخ المعرفين بالياء عطف على المجرور وهو الصواب ، وهم الذين يعرفون عن قدر الأشخاص الذين فى المركب ليأخذ الحاكم منهم شيئا معلوما مصادرة (قوله والعرفاء فى جميع الأصناف) هم مشايخ الحرف .

قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى بعد كلام : وبه يعلم أن شهادة الفلاحين لشيخ قريتهم وشهادتهم للقسام الذى يقسم عليهم وشهادة الرعية لحاكمهم وعاملهم ومن له نوع ولاية عليهم لاتجوز اه .

أقول : لكنه مقيد بما سيأتى قريبا عن الهندية من أنهم إذا كانوا يحصون وهو ما إذا كانوا مائة فأقل تأمل (قوله ومحضر قضاة العهد) أى الذى يحضر الأخصام للقاضى لقبولهم الرشا ولعدم المروءة فيهم ، والمراد بالعهد الزمن أى قضاة زمنهم فكيف الحال فى زماننا ط (قوله والوكلاء المفتعلة) لعل المراد بهم من يتوكل فى الدعاوى والخصومات وذلك لأنه قد شوهد منهم قلة المبالاة فى الأحكام وأخذ الرشا وغير ذلك ، وإنما جعلوا مفتعلة لأن الناس لا يقصدون منهم إلا الإعانة على أغراضهم بحيلهم ولم يقصدوا التوكيل حقيقة فقط (قوله والصكاك) بضم الصاد المهملة جمع صكاك بفتحها . قال فى البزازية : من الشهادات والصكاك تقبل فى الصحيح ، وقيل لا لأنهم يكتبون اشترى وباع وضمن الدرك وإن لم يقع فيكون كذبا ، ولا فرق بين الكذب بالكتابة أو التكلم : قلنا الكلام فى كاتب غلب عليه الصلاح ومثله يحقق ثم يكتب ط عن الحموى أى وماذكر من الكذب عفو لأنهم يحققون ما كتبوا .

قال الرملى فى حاشيه المنح : وفى إجارات البزازية لا تقبل شهادة الدلال ومحضر قضاة العهد والوكلاء المفتعلة والصكاك اه .

وضمان الجهات كمقاطعة سوق النخاسين حتى حل لعن الشاهد لشهادته على باطل فتح وبحر .
وفى الوهبانية : أمير كبير ادعى فشهد له عماله ونوابه ورعاياهم لا تقبل

أقول : وسيأتى فى شرح قوله أو يبول أو يأكل على الطريق أنها لا تقبل شهادة النخاس وهو الدلال إلا إذا كان عدلا لا يحلف ولا يكذب ونقله عن السراج هنا ، وقد رأيناه فى كلامهم كثير .

وأقول : قد ظهر من هذا أن شهادة الدلال والصكاك ونحوهما لا ترد لمجرد الصناعة بل لمباشرة ما لا يحل شرعا ، وإنما تنصيص العلماء على من ذكر لاشتهار ذلك منه تأمل (قوله وضمان الجهات) بضم الضاد المعجمة وتشديد الميم . قال الكمال عاطفا على من لا تقبل شهادته ما نصه : وكذا كل من شهد على إقرار باطل ، وكذا على فعل باطل مثل من يأخذ سوق النخاسين مقاطعة أو شهد على وثيقتها اه . وقال المشايخ : إن شهدوا حل عليهم اللعن لأنه شهادة على باطل فكيف هؤلاء الذين يشهدون من مباشرى السلطان على ضمان الجهات وعلى المحبوسين عندهم والذين فى ترسيمهم اه (قوله كمقاطعة سوق النخاسين) كمن يأخذها بقطعة من المال يجعلها عليه مكسا . ويوجد فى بعض الكتب بالخاء المعجمة جمع نخاس : وهو بائع الدواب والرقيق والاسم النخاسة بالكسر والفتح ، من نخس من باب نصر : إذا غرز مؤخر الدابة بعود ونحوه كما فى القاموس وقد جعل فى الأسواق التى تباع فيها الحمير مكاسون فلا تقبل شهادتهم (قوله حتى حل لعن الشاهد) أى الذى شهد على صك مقاطعة النخاسين كما فى المنح وليس المراد لعن المعين لعدم جوازه ، بل المراد بأن يقال لعن الله شاهد ذلك .

مطلب لا تصح المقاطعة بمال لاحتساب قرية

قال الخير الرملى فى فتواه فى رجل قاطع على مال معلوم احتساب قرية هل يصح ذلك أم لا ؟ أجاب : لا يصح ذلك بإجماع المسلمين ، فلا يطالب المحتسب بما التزمه من المال ولا يصح الدعوى فى ذلك ، ولا تقام البينة عليه ، ولا يحل للقاضى سماع مثل هذه الدعوى سواء وقعت بلفظ المقاطعة أو الالتزام كما رأيناه بخط الثقات اه . ووجهه أن المقاطعة لا يتصور أن تكون بيعا لعدم وجود المبيع ولزومه شرعا ولا إجارة لأنها بيع المنافع ، وإذا وقعت باطلة كانت كالعدم ، ولا فرق بين مقاطعة الاحتساب ومقاطعة القضاء ، فعلى المقاطع على القضاء ما على المقاطع على الاحتساب ، ولا يسأل عن جوازه بل يسأل عن كفره مستحله ومتعاطيه كما فى البزازية .

قال مؤيد زاده : سئل الصفار عن رجل أخذ سوق النخاسين مقاطعة من الديوان وأشهد على كتاب المقاطعة إنسانا هل له أن يشهد ؟ قال : إذا شهد حل عليه اللعن ، ولو شهد على مجرد الإقرار وقد علم السبب فهو أيضا ملعون ويجب التحرز عن تحمل مثل هذه الشهادة ، وكذا كل إقرار بناءه على حرام (قوله ورعاياهم) أى رعايا العمال والنواب (قوله لا تقبل) لجهلهم وميلهم خوفا منه . قال فى البحر : وفى شرح المنظومة : أمير كبير ادعى فشهد له عماله ودواوينه ونوابه ورعاياهم لا تقبل اه . قال الرملى : يؤخذ منه أن شهادة خدامه الملازمين له كملازمة العبد لمولاه كذلك لا تقبل وهو ظاهر ولا سيما فى زماننا هذا تأمل . وقد أفتيت به مراراً ، والله الموفق للصواب ومثله فى شهادات جامع الفتاوى بصيغة أعوان الحكام والوكلاء على باب القضاة لا تسمع شهادتهم لأنهم ساعون فى إبطال حق المستحق وهم فساق ، والله تعالى أعلم .

كشهادة المزارع لرب الأرض . وقيل أراد بالعمال المحترفين أى بحرفة لائقة به وهى حرفة آبائه وأجداده ، وإلا فلا مروءة له لو دنيئة ، فلا شهادة له لما عرف فى حد العدالة فتح وأقره المصنف .

مطلب الجند إذا كانوا يحصون لا تقبل شهادتهم للأمير وإلا تقبل وحد الإحصاء مائة

قال فى الهندية : شهادة الجند للأمير لاتقبل إن كانوا يحصون . وإن كانوا لايحصون تقبل . نص فى الصيرفية فى حد الإحصاء مائة وما دونه وما زاد عليه فهؤلاء لايحصون كذا فى جواهر الأخلاطى اه نقلا عن الخلاصة (قوله كشهادة المزارع لرب الأرض) فإنها لاتقبل لفساد الزمان اه ذكره عبدالبر . وظاهره وإن كانت الشهادة لاتتعلق بالمزارعة ط .

قال الرحمتى : قيده فى القنية فيما إذا كان البذر من رب الأرض . ووجهه أن وجوه المزارعة الجائزة ثلاثة . أن يكون الأرض والبذر والبقر لواحد والعمل من الآخر ، فيكون الزرع لصاحب البذر ويكون ما يأخذه العامل فى مقابلة عمله فهو أجير خاص فلا تقبل شهادته لمستأجره . وكذا إن كان الأرض والبذر لواحد والعمل والبقر لآخر فيكون أجيرا بما يأخذه من المشروط والبقر تبع له آلة للعمل . الثالث أن تكون الأرض لواحد والباقى لآخر فيكون الخارج لرب البذر ، وما يأخذه رب الأرض أجرة أرضه والمزارع مستأجر للأرض بما يدفعه لصاحبها من المشروط . ومن استأجر أرضا من آخر تصح شهادته له ، ولا تصح المزارعة فى غير هذه الوجوه الثلاثة كما حرر فى بابها (قوله وقيل أراد بالعمال)هذا ممكن فى مثل عبارة الكنز فإنه لم يقل إلا إذا كانوا أعوانا الخ (قوله المحترفين) أى والذين يؤجرون أنفسهم للعمل ، فإن بعض الناس رد شهادة أهل الصناعات الخسيسة فأفردت هذه المسألة على هذا الإظهار مخالفتهم ، وكيف لا وكسبهم أطيب المكاسب كما فى البحر . قال الرملى : فتحرر أن العبرة للعدالة لا للحرفة وهذا الذى يجب أن يعول عليه ويفتى به ، فإنا نرى بعض أصحاب الحرف الدنيئة عنده من الدين والتقوى ماليس عند كثير من أرباب الوجاهة وأصحاب المناصب وذوى المراتب — إن أكرمكم عند الله أتقاكم — اه فيكون فى إيراد الشارح هذا القول رد على من رد شهادة أهل الحرفة الخسيسة .

قال فى الفتح : وأما أهل الصناعات الدنيئة كالقنواتى والزبال والحائك والحجام فقيل لا تقبل ، والأصح أنها تقبل لأنه قد تولاها قوم صالحون ، فما لم يعلم القادح لا يبنى على ظاهر الصناعة وتمامه فيه فراجعه (قوله وهى حرفة آبائه وأجداده) ظاهره أنها إذا كانت حرفتهم لا تكون دنيئة ولو كانت دنيئة فى ذاتها وهو خلاف ما يعطيه الكلام الآتى (قوله وإلا فلا مروءة له) أى بأن كان أبوه تاجرا واحترف هو الحياكة أو الحلاقة وغير ذلك (قوله فلا شهادة له) أى لارتكابه الدناءة ، وفيه نظر لأنه مخالف لما قدمه يعنى صاحب البحر قريبا من أن صاحب الصناعة الدنيئة كالزبال والحائك مقبول الشهادة إذا كان عدلا فى الصحيح اه (قوله لما عرف فى حد العدالة) قال القهستانى : بعد قول النقاية : ومن اجتنب الكبائر ولم يصر على الصغائر وغلب صوابه على خطئه ما نصه : كان عليه أن يزيد قيدا آخر : أى فى تعريف العدالة ، وهو أن يجتنب الأفعال الدالة على الدناءة وعدم المروءة كالبول فى الطريق اه وهو يقتضى رد شهادة ذى الصناعة الرديئة لخرم المروءة بها وإن لم تكن معصية فتأمل ط . وتحقيقه ما نذكره فى المقولة الآتية (قوله فتح) لم أره فى الفتح بل ذكره فى البحر بصيغة ينبغى حيث قال : وينبغى تقييد القبول بأن تكون تلك الحرفة لائقة به ، بأن تكون حرفة آبائه وأجداده وإلا فلا مروءة له إذا كانت حرفة دنيئة فلا شهادة له لما عرف فى حد العدالة اه . قال الرملى : وعندى فى هذا التقييد نظر يظهر لمن نظر فتأمل اه أى فى التقييد بقوله بحرفة لائقة الخ .

(لا) تقبل (من أعمى) أى لا يقضى بها ، ولو قضى صح وعم قوله (مطلقا) ما لو عمى بعد الأداء قبل القضاء وما جاز بالسماع خلافا للثانى ،

قلت : ووجهه أنهم جعلوا العبرة للعدالة لا للحرفة . فكم من دنىء صناعة أتقى من ذى منصب ووجاهة . على أن الغالب أنه لا يعدل عن حرفة أبيه إلى أدنى منها إلا لقلة ذات يده أو صعوبتها عليه ولا سيما إذا علم إياها أبوه أو وصيه فى صغره ولم يتقن غيرها فتأمل . وفى حاشية أبى السعود : فيه نظر ، لأنه مخالف لما قدمه هو قريبا من أن صاحب الصناعة الدنيئة كالزبال والحائك مقبول الشهادة إذا كان عدلا فى الصحيح ا ه وقدمناه قريبا .

قال سيدى الوالد : ويدفع بأن مراده أن عدوله عن حرفة أبيه إلى أدنى منها دليل على عدم المروءة ، وإن كانت حرفة أبيه دنيئة فينبغى أن يقال هو كذلك إن عدل بلا عذر تأمل اه .

أقول : فالحاصل أن المعتبر العدالة ولا نظر إلى الحرفة إلا إذا عدل عن حرفة آبائه الشريفة إلى الحرف الخسيسة إذا كان بلا داع إليه من عجز أو عدم أسباب أو قلة يد تقصر عن حرفة أبيه ولا سيما إذا كان أبوه أو وصيه علمه فى صغره هذه الحرفة الدنيئة فكبر وهو لا يعرف غيرها . أما إذا كان بلا داع فيدل على رزالته وعدم مروءته ومبالاته . هذا مما يسقط العدالة . أما لو كان انتقاله لأحد هذه الأعذار المذكورة فتقبل إذا كان عدلا ولا وجه لرد شهادته فتعين ما قلنا (قوله لا تقبل من أعمى) فى شىء من الحقوق دينا أو عينا منقولا أو عقارا قهستانى ، والعلة فيه أن الأداء يفتقر إلى التمييز بالإشارة بين المشهود له والمشهود عليه ، ولا يميز الأعمى إلا بالنغمة فيخشى عليه التلقين من الخصم إذ النغمة تشبه النغمة (قوله ولو قضى صح) أى قاض ولو حنفيا كما يفيده إطلاقه ، أو يحمل على قاض يرى قبولها كما لكى ط (قوله ما لو عمى بعد الأداء) لأن المراد بعدم قبولها عدم القضاء بها ، لأن قيام أهليتها شرط وقت القضاء لصيرورتها حجة عنده (قوله وما جاز بالسماع) أى كالنسب والموت ، وما تجوز الشهادة عليه بالشهرة والتسامع كما فى الخلاصة (قوله خلافا للثانى) أى فيما لو عمى بعد الأداء قبل القضاء ، وما جاز بالسماع كما فى فتح القدير . ولزفر ، وهو مروى عن الإمام ، واستظهر قوله بالأول صدر الشريعة فقال : وقوله أظهر . لكن رده فى اليعقوبية بأن المفهوم من سائر الكتب عدم أظهريته . وأما قوله بالثانى فهو مروى عن الإمام أيضا قال فى البحر : واختاره فى الخلاصة ورده الرملى بأنه ليس فى الخلاصة ما يقتضى ترجيحه واختياره نعم . قال ط : وجزم به فى النصاب من غير ذكر خلاف كما فى الحموى اه .

أقول : وهو ترجيح له ، لكن عزاه فى الخلاصة إلى النصاب . وفى النصاب : لم يتعرض لحكاية الخلاف . وفى حاشية الخير الرملى على المنح عند قوله ودخل تحته ما كان طريقه السماع خلافا لأبى يوسف كما فى فتح القدير .

أقول : عبارة فتح القدير : وقال أبو يوسف : يجوز فيما طريقه السماع وما لا يكفى فيه السماع إذا كان بصيرا وقت التحمل أعمى عند الأداء إذا كان يعرفه باسمه ونسبه اه .

أقول : فحق العبارة خلافا لأبى يوسف فيم طريقه السماع أولا ، ولزفر فيما طريقه السماع ، وقد تبع الشارح شيخه فى ذلك ، فإن هذه عبارة حرفا بحرف ، ولا يخفى ما فيها من إيهام اختصاص مذهب أبى يوسف بما طريقه السماع وليس كذلك . وفى الفتح : وقيد فى الذخيرة قول أبى يوسف بما إذا كانت شهادته فى الدين والعقار ، أما فى المنقول فأجمع علماؤنا أنها لا تقبل .

وأفاد عدم قبول الأخرس مطلقا بالأولى (ومرتد ومملوك) ولو مكاتبا أو مبعضا

أقول : وفى الحقائق . وقال فى العون : الخلاف فيما لا يحاج فيه الى الإشارة وفى غير الحدود . وقال فى الذخيرة : الخلاف فيما لا تجوز الشهادة بالشهرة والتسامع ، أما فى خلافه تقبل شهادة الأعمى بلا خلاف اه وهذا مخالف لما فى أكثر الكتب من أنه لا تقبل شهادته عند أبى حنيفة ومحمد فيما طريقه السماع أو لا ، فارجع إلى الشروح والفتاوى إن شئت .

قال فى صدر الشريعة فى مسألة الأعمى : العمى بعد الأداء قبل القضاء خلافا لأبى يوسف . وقوله أظهر . قال أخى زاده فى حاشيته : وجه الأظهر أن العمى إذا لم يكن مانعا عن الأداء إذا تحمل بصيرا عند أبى يوسف فعدم كونه مانعا عن القضاء بعد أدائه بصيرا يكون فى غاية الظهور عندهما لأنه لا تأثير فى نفس قضاء القاضى للعمى العارض للشاهد بعد أدائه شهادته اه (قوله مطلقا) سواء كان فيما يجرى فيه التسامع أم لا . وفى البحر : ولا تقبل شهادته سواء كانت بالإشارة أو بالكتابة (قوله بالأولى) لأن فى الأعمى إنما تتحقق التهمة فى نسبته وهنا تتحقق فى نسبته وغيرها من قدر المشهود به وأمور أخر كذا فى الفتح ولأنه لا عبارة له أصلا ، بخلاف الأعمى . وفى المبسوط أنه بإجماع الفقهاء لأن لفظة الشهادة لا تتحقق ، وتمام الكلام على ذلك فى الفتح .

[تنبيه] نصوا على أن نعمة السمع أفضل من نعمة البصر لعموم منفعتها فإنه يدرك من كل الجهات بخلاف البصر ، ولأنه لا أنس فى مجالسة أخرس بخلاف الأعمى ، ولأنه يدرك التكاليف الشرعية بخلافه ط (قوله ومرتد) لأن الشهادة من باب الولاية ولا ولاية له على أحد فلا تقبل شهادته ، ولو على كافر أو مرتد مثله فى الأصح كما قدمناه موضحا (قوله ومملوك) ولو مكاتبا أو مدبرا أو أم ولد إذ لا ولاية له على نفسه كالصبى فعلى غيره أولى .

قال فى الحواشى السعدية : الوكالة ولاية كما يعلم من أوائل عزل الوكيل ، والعبد محجورا كان أو مأذونا تجوز وكالته فتأمل فى جوابه اه .

قال سيدى الوالد : ومثله توكيل صبى يعقل . وقد يقال : ولايتهما فى الوكالة غير أصلية تأمل (قوله أو مبعضا) أشار بهذا إلى أن المراد من المملوك من فيه رق وإلا فالمملوك لا يتناول المكاتب والمبعض .

قال سيدى الوالد : والمعتق فى المرض كالمكاتب فى زمن السعاية عند أبى حنيفة ، وعندهما حر مديون اه .

أقول : والمراد بالمرض مرض الموت وكان الثلث يضيق عن قيمته ولم تجزه الورثة .

[تنبيهات] مات عن عم وأمتين وعبدين فأعتقهما العم فشهدا ببنوة إحداهما بعينها للميت أى أنه أقر بها فى صحته لم تقبل عنده لأن فى قبولها ابتداء بطلانها انتهاء ، لأن معتق البعض كمكاتب لا تقبل شهادته عنده لا عندهما لأنه حر مديون. ولو شهد أن الثانية أخت الميت قبل الشهادة الأولى أو بعدها أو معها لا تقبل بالإجماع لأنا لو قبلنا لصارت عصبة مع البنت فيخرج العم عن الوراثة بحر عن المحيط .

أقول : هذا ظاهر عند وجود الشهادتين ، وأما عند سبق شهادة الأختية فالعلة فيها هى علة البنتية فتفقه .

وفى المحيط : مات عن أخ لا يعلم له وارث غيره فقال عبدان من رقيق الميت إنه أعتقنا فى صحته وإن هذا الآخر ابنه فصدقهما الأخ فى ذلك لا تقبل فى دعوى الإعتاق لأنه أقر بأنه لا ملك له فيهما بل هما عبدان للآخر لإقرار الأخ أنه وارث دونه فتبطل شهادتهما فى النسب ، ولو كان مكان الآخر أنثى جاز شهادتهما وثبت نسبهما ، ويسعيان فى نصف قيمتها لأنه أقر أن حقه فى نصف الميراث فصح بالعتق لأنه لا يتجزأ عندهما إلا أن العتق فى عبد مشترك فتجب السعاية للشريك الساكت .

(وصبى) ومغفل ومجنون (إلا) فى حال صحته إلا (أن يتحملا فى الرق والتميز وأديا بعد الحرية) ولو لمعتقه كما مر (و) بعد (البلوغ) وكذا بعد إبصار وإسلام

وأقول : عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى يعتقان كما قالا غير أن شهادتهما بالبنتية لم تقبل لأن معتق البعض لا تقبل شهادته فتفقه .

مطلب يبطل القضاء بظهور الشهود عبيدا

[فائدته] قضى بشهادة فظهروا عبيدا تبين بطلانه فلو قضى بوكالة ببينة وأخذ ما على الناس من الديون ثم وجدوا عبيدا لم تبرأ الغرماء ، ولو كان بمثله فى وصاية برءوا لأن قبضه بإذن القاضى وإن لم يثبت الإيصاء كإذنه لهم فى الدفع إلى أمينه . بخلاف الوكالة إذ لا يملك الإذن لغريم فى دفع دين الحى لغيره . قال المقدسى : فعلى هذا ما يقع الآن كثيرا من تولية شخص نظر وقف فيتصرف فيه تصرف مثله من قبض وصرف وشراء وبيع ثم يظهر أنه بغير شرط الواقف أو أن إنهاءه باطل ينبغى أن لا يضمن لأنه تصرف بإذن القاضى كالوصى فليتأمل .

قلت : وتقدم فى الوقف ما يؤيده اه (قوله وصبى) مطلقا لعدم الولاية كالمملوك ، وقدمنا أن الصبى إذا بلغ فشهد فإنه لابد من التزكية ، وكذا الكافر إذا أسلم وإن الكافر إذا عدل فى كفره لشهادة ثم أسلم فشهد فإنه يكفى التعديل الأول وأن الفرق بين الصبى والكافر هو أن الكافر كان له شهادة مقبولة قبل إسلامه بخلاف الصبى (قوله ومغفل) قال محمد فى رجل عجمى صوام قوام مغفل يخشى عليه أن يلقن فيأخذ به قال : هذا شر من الفاسق فى الشهادة . وعن أبى يوسف أنه قال : إنا نرد شهادة أقوام نرجو شفاعتهم يوم القيامة ، معناه أن شهادة المغفل وأمثاله لا تقبل وإن كان عدلا صالحا تتارخانية .

وفى البحر : وعن أبى يوسف : أجيز شهادة المغفل ولا أجيز تعديله لأن التعديل يحتاج فيه إلى الرأى والتدبير والمغفل لا يستقصى فى ذلك اه . وفى مؤيد زاده : ومن اشتدت غفلته لا تقبل شهادته (قوله ومجنون إلا فى حال صحته) أى وقت كونه صاحيا .

قال فى المحيط : ومن يجن ساعة ويفيق أخرى فشهد فى حال صحته تقبل لأن ذلك بمنزلة الإغماء ، وقدر بعض مشايخنا جنونه بيوم أو يومين ، فإذا شهد بعدهما وكان صاحيا تقبل اه وقد علم أن قوله إلا فى حال صحته استثناء من مجنون (قوله إلا أن يتحملا) أى المملوك والصبى (قوله والتميز) إنما عدل عن قول حافظ الدين والصغر لأن التحمل بالضبط وهو إنما يحصل بالتميز إذ لا ضبط قبله . قال فخر الإسلام : إن الصبى أول حاله كالمجنون ، يعنى إذا كان عديم العقل والتميز ، وأما إذا عقل فهو والمعتوه العاقل سواء فى كل الأحكام أفاده المصنف (قوله وأديا بعد الحرية) أى النافذة ، فلو أعتق عبده فى مرض موته ولا مال له غيره ثم شهد لاتقبل عند الإمام لأن عتقه موقوف بحر (قوله كما مر) فى قوله وعتيق لمعتقه (قوله وبعد البلوغ) لأن الصبى والرقيق والمملوك أهل للتحمل ، لأن التحمل بالشهادة والسماع ويبقى إلى وقت الأداء بالضبط وهما لا ينافيان ذلك وهما أهل عند الأداء ، وأطلقه فشمل ما إذا لم يؤدها إلا بعد الأهلية وأداها قبلها فردت ثم زالت العلة فأداها ثانيا (قوله وكذا بعد إبصار) أى بشرط أن يتحمل وهو بصير أيضا ، بأن كان بصيرا فتحمل ثم عمى ثم أبصر فأدى فافهم قاله سيدى الوالد . وعبارة الشارح توهم أنه إذا تحمل أعمى وأدى بصيرا أنها تقبل ، وليس كذلك لما تقدم من أن شرط التحمل البصر ، فتعين ما قاله سيدى الوالد (قوله والإسلام) قال فى البحر : وأشار

وتوبة فسق وطلاق زوجة ، لأن المعتبر حال الأداء شرح تكملة .

وفى البحر متى حكم برده لعلة ثم زالت فشهد بها لم تقبل إلا أربعة عبد وصبى وأعمى وكافر على مسلم وإدخال الكمال أحد الزوجين مع الأربعة سهو

إلى أن الكافر إذا تحملها على مسلم ثم أسلم فأداها تقبل كما فى فتح القدير (قوله وتوبة فسق) أى بأن تحمل فاسقا فأدى بعد توبة فإنها تقبل. والصحيح أن تقدير المدة فى التوبة مفوّض إلى رأى المعدل والقاضى كماقدمناه واحترز بتوبة الفسق عن توبة القذف كما يأتى قريبا (قوله وطلاق زوجة) يعنى إذا تحمل وهو زوج وأدى بعد زوال الزوجية حقيقة وحكما أى إن لم يكن حكم بردها لما يأتى قريبا (قوله وفى البحر) أى عن الخلاصة (قوله برده) أى الشاهد (قوله فشهد بها) أى بتلك الحادثة ، أما فى غيرها فلا مانع (قوله لم تقبل) أى الشهادة (قوله إلا أربعة الخ) فعلى هذا لاتقبل شهادة الزوج والأجير والمغفل والمتهم والفاسق بعد ردها اه بحر .

وفيه أيضا قبل هذا الباب : اعلم أنه يفرق بين المردود لتهمة وبين المردود لشبهة ، فالثانى يقبل عند زوال المانع ، بخلاف الأول فإنه لا يقبل مطلقا ، وإليه أشار فى النوازل اه وأطلق عدم القبول فشمله ولو من قاض آخر :

قال الوبرى : من ردالحاكم شهادته فى حادثة لايجوز لحاكم آخر أن يقبله فى تلك الحادثة وإن اعتقده عدلا.

قال سيدى الوالد : أما ماسوى الأعمى فظاهر لأن شهادتهم ليست شهادة ، وأما الأعمى فلينظر الفرق بينه وبين أحد الزوجين . ثم رأيت فى الشرنبلالية : استشكل قبول شهادة الأعمى اه .

أقول : ويمكن أن يقال بأن الفرق ظاهر بينهما ، وهو أن الأعمى ليس أهلا للشهادة مطلقا كالعبد والصبى وأما الزوج فأهل لها لكن عدم قبولها لتهمته تأمل ، ويأتى قريبا إن شاء الله تعالى (قوله عبد الخ) وجه القبول فيها بعد الرد أن المردود أولا ليس بشهادة ، بخلاف الفاسق إذا ردت شهادته ، وأحد الزوجين إذا ردت شهادته ثم شهد لا تقبل لأن المردود أولا شهادة فيكون فى قبولها بعد نقض قضاء قد أمضى بالاجتهاد (قوله وأعمى) يحمل على ما إذا تحمل بصيرا وأدى كذلك وقد تخلل العمى بينهما ، وعليه يحمل قوله وكذا بعد إبصار السابق كما نقلناه عن سيدى الوالد رحمه الله تعالى (قوله وإدخال الكمال) مع أنه صرح فى صدر عبارته بخلافه ، ومثله فى التتارخانية والجوهرة والبدائع .

قال فى خزانة المفتين : ومن ردت شهادته لعلة ثم زالت العلة لا تقبل إلا فى خمسة مواضع ، إلى أن قال : الخامسة إذا تحمل المملوك شهادة لمولاه فلم يؤد حتى عتق ثم شهد بها تقبل، وكذا الزوج إذا أبان امرأته ثم شهد لها جاز فظاهر جعله من المستثنيات يؤيد كلام الكمال ، وتصويره لايساعده لأنه قال لم يؤد حتى عتق فليس فيه أنها ردت لذلك ثم شهد بها . وقال : إذا أبان امرأته ثم شهد لها ولم يذكر أنها ردت قبل الإبانة كما نذكر تصويره قريبا عن الجوهرة والبدائع إن شاء الله تعالى فتأمل (قوله سهو) لأن الزوج له شهادة وقد حكم بردها بخلاف العبد ونحوه تأمل .

والعجب أنه ذكر أولا أنها لا تقبل ، كما لو ردت لفسق ثم تاب ثم قال فصار الحاصل الخ فذكر أحد الزوجين مع من يقبل ، فالظاهر أنه سبق قلم لمخالفته صدر كلامه ، ولما صرح به فى التتارخانية والخلاصة : لا تقبل إلا فى أربعة ، ولما فى الجوهرة : إذا شهد الزوج الحر لزوجته فردت ثم أبانها وتزوجت غيره ثم شهد

(ومحدود فى قذف) تمام الحد . وقيل بالأكثر (وإن تاب) بتكذيبه نفسه فتح . لأن الرد من تمام الحد بالنص والاستثناء منصرف لما يليه وهو — وأولئك هم الفاسقون —

لها بتلك الشهادة لم تقبل لجواز أن يكون توصل بطلاقها إلى تصحيح شهادته . وكذا إذا شهدت لزوجها ، ثم أبانها ثم شهدت له اهـ . ولما فى البدائع : لو شهد الفاسق فردت أو أحد الزوجين لصاحبه فردت ثم شهدا بعد التوبة والبينونة لا تقبل . ولو شهد العبد أو الصبى أو الكافر فردت ثم عتق وبلغ وأسلم وشهد فى تلك الحادثة بعينها تقبل .

ووجه الفرق أن الفاسق والزوج لهما شهادة فى الجملة فإذا ردت لا تقبل بعد بخلاف الصبى والعبد والكافر إذ لا شهادة لهم أصلا اهـ كذا فى الشرنبلالية .

وفيها قال فى الفتاوى الصغرى : لو شهد المولى لعبده فى النكاح فردت ثم شهد له بذلك بعد العتق لم يجز ، لأن المردود كان شهادة . ثم قال : والصبى أو المكاتب إذا شهد فردت ثم شهدها بعد البلوغ والعتق جاز لأن المردود لم يكن شهادة بدليل أن قاضيا لو قضى به لا يجوز . فإذا عرفت يسهل عليك تخريج المسائل أن المردود لو كان شهادة لاتجوز بعد ذلك أبدا . ولو لم يكن شهادة تقبل عند اجتماع الشرائط اهـ . ولكن يشكل عليه شهادة الأعمى . إذ لو قضى بها جاز فهى شهادة وقد حكم بقبولها بزوال العمى (قوله ومحدود فى قذف) أى بسببه . وقيد به لأن الرد فى غيره للفسق وقد ارتفع بالتوبة . وأما فيه فلأن عدم قبول شهادتهم من تمام الحد والحد لا يزول بالتوبة . وأشار به إلى أن الشهادة لا ترد بالقذف مؤبدا بل بالحد (قوله تمام الحد) أى لا تسقط شهادته ما لم يضرب تمام الحد لأن الحد لا يتجزأ فما دونه لا يكون حدا وهو صريح المبسوط ، لأن المحدود من ضرب الحد أى تماما لأن ما دونه يكون تعزيرا غير مسقط لها وهو ظاهر الرواية (قوله وقيل بالأكثر) كما هو رواية . وقد علمت أن ظاهر الرواية تمامه . واختاره فى المحيط لأن المطلق يحمل على الكمال . وفى رواية : ولو بسوط كما فى المنبع . ولا فرق فى عدم إتمامه بين أن يكون ضرب ناقصا أو فر . قبل إتمامه لأنه ليس بحد حينئذ (قوله وإن تاب) إن وصلية : أى لا تقبل شهادة المحدود فى القذف وإن تاب (قوله بتكذيبه نفسه) الباء للسببية أى بسبب تكذيبه نفســه لأن تكذيبه ناشىء عن كذبه وكذبه ذنب يقتضى التوبة . فليس التكذيب توبة لصحة الشهادة . ويمكن أن تكون الباء للتصوير . ويؤيده ما فى الشرنبلالية فراجعها وتأمل (قوله لأن الرد) أى رد شهادة المحدود فى القذف (قوله من تمام الحد بالنص) وهو قوله تعالى — ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا — ووجه الاستدلال أن الله تعالى نص على الأبد وهو ما لا نهاية له . والتنصيص عليه ينافى القبول فى وقت ما . وأن معنى قوله لهم للمحدودين فى القذف وبالتوبة لم يخرج عن كونه محدودا فى قذف . ولأنه يعنى رد الشهادة من تمام الحد لكونه مانعا عن القذف كالجلد والحد وهو الأصل فيبقى بعد التوبة لعدم سقوطه بها فكذا تتمته اعتبارا له بالأصل كما فى العناية .

وفى العينى على الهداية : وإنما كان رد الشهادة من تمام الحد : أى لكون تمام الحد مانعا أى عن القذف لكونه زاجرا لأنه يؤلم قلبه كالجلد يؤلم بدنه ولأن المقصود منه رفع العار عن المقذوف وذلك فى إهدار قول القاذف أظهر . لأنه بالقذف آذى قلبه فجزاؤه أن لا تقبل شهادته لأنه فعل بلسانه وفاقا لجريمته فيكون من تمام الحد فيبقى : أى الرد بعد التوبة كأصله : أى كأصل الحد اعتبارا بالأصل اهـ (قوله والاستثناء منصرف لما يليه) أى قوله تعالى — إلا الذين تابوا — راجع إلى قوله — وأولئك هم الفاسقون — لا لقوله — ولا تقبلوا

(إلا أن يحد كافرا) فى القذف (فيسلم) فتقبل وإن ضرب أكثره بعد الإسلام على الظاهر .

لهم شهادة أبدا — بخلاف آية المحاربين ، فإن قوله تعالى — إلا الذين تابوا - راجع إلى الحد لا لقوله — ولهم عذاب عظيم — لأنه لو رجع إليه لما قيد الاستثناء بقبل القدرة . لأن التوبة نافعة مطلقا . ففائدة التقييد به سقوط الحد به . وقال الشافعي ومالك وأحمد : تقبل ، لقوله تعالى — ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون إلا الذين تابوا — فإن الاستثناء إذا تعقب جملا بعضها معطوف على البعض ينصرف إلى الكل كقول القائل : امرأته طالق وعبده حر وعليه حجة إلا أن يدخل الدار . فإن الاستثناء ينصرف إلى جميع ما تقدم . ولأن هذا افتراء على عبد من عبيد الله تعالى ، والافتراء على الله تعالى وهو الكفر لا يوجب رد الشهادة على التأبيد ، بل إذا أسلم يقبل فهذا أولى .

ولنا أن قوله تعالى — ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا — معطوف على قوله — فاجلدوهم — والعطف للإشتراك . فيكون رد الشهادة من حد القذف والحد لا يرتفع بالتوبة . ولا نسلم أن الاستثناء فى الآية تعقب جملا بعضها معطوف على بعض بل تعقب جملة منقطعة عن جمل بعضها معطوف على بعض . لأنه يعقب جملة — أولئك هم الفاسقون — وهى جملة مستأنفة لأن ما قبلها أمر ونهى فلم يحسن عطفها عليه . بخلاف المثال فإن الجمل كلها فيه إنشائية معطوفة فيتوقف كلها على آخرها . حتى إذا وجد الغير فى الأخير تغير الكل . والقياس على الكفر ممتنع لفقد شرطه ، وهو أن لا يكون فى الفرع نص يمكن العمل به . وههنا نص وهو التأبيد شمنى .

وفى العناية : ولا يمكن صرف الاستثناء إلى الجميع لأنه منصرف إلى ما يليه ، وهو قوله تعالى - وأولئك الفاسقون — وهو ليس بمعطوف على ما قبله ، لأن ما قبله طلبى وهو إخبارى .

فإن قلت : فجعله بمعنى الطلب ليصح كما فى قوله تعالى — وبالوالدين إحسانا — قلت يأباه ضمير الفصل فإنه يفيد حصر أحد المسندين فى الآخر وهو يؤكد الإخبارية . سلمناه لكن يلزم جعل الكلمات المتعددة كالكلمة الواحدة وهو خلاف الأصل . سلمناه لكنه كان إذ ذاك جزاء فلا يرتفع بالتوبة كأصل الحد وهو تناقض ظاهر . سلمناه لكنه كان أبدا مجازا عن مدة غير متطاولة وليس بمعهود . سلمناه لكن جعله ليس بأولى من جعل الاستثناء منقطعا بل جعله منقطعا أولى دفعا للمحذورات . وتمام الصور على هذا البحث يقتضى مطالعة تقريرنا فى تقريرنا فى الاستدلالات الفاسدة اهـ (قوله إلا أن يحد كافرا فى القذف فيسلم فتقبل) لأن للكافر شهادة فكان ردها من تمام الحد ، وبالإسلام حدثت شهادة أخرى فتقبل على المسلمين والذميين (قوله بعد الإسلام) قال فى البحر : وضع هذه المسألة يدل على أن الإسلام لا يسقط حد القذف . وهل يسقط شيئا من الحدود .

قال الشيخ عمر قارئ الهداية : إذا سرق الذمى أو زنى ثم أسلم ، فإن ثبت عليه ذلك بإقراره أو بشهادة المسلمين لا يدرأ عنه الحد ، وإن ثبت بشهادة أهل الذمة فأسلم سقط عنه الحد اهـ . وينبغى أن يقال كذلك فى حد القذف .

وفى اليتيمة من كتاب السير أن الذمى إذا وجب التعزير عليه فأسلم لم يسقط عنه . ولم أر حكم الصبى إذا وجب التعزير عليه للتأديب فبلغ . ونقل الفخر الرازى عن الشافعية سقوطه لزجره بالبلوغ ، ومقتضى ما فى اليتيمة أنه لا يسقط إلا أن يوجد نقل صريح اهـ (قوله على الظاهر) أى ظاهر الرواية ، وظاهر كلام المصنف أنه أسلم بعد ما ضرب تمام الحد ، فلو أسلم بعد ما ضرب بعضه فضرب الباقى بعد إسلامه ففيه ثلاث روايات : فى ظاهر الرواية

بخلاف عبد حد فعتق لم تقبل (أو يقيم) المحدود (بينة على صدقه) إما أربعة على زناه أو اثنين على إقراره به، كما لو برهن قبل الحد بحر .

وفيه : الفاسق إذا تاب تقبل شهادته إلا المحدود بقذف : والمعروف بالكذب : وشاهد الزور لو عدلا لا تقبل أبدا ملتقط ، لكن سيجىء ترجيح قبولها

لاتبطل شهادته على التأبيد : فإذا تاب قبلت . وفى رواية تبطل إن ضرب الأكثر بعد إسلامه . وفى رواية تبطل ولو بسوط بحر عن السراج : أى لأنه لم يوجد فى حقه ماترد به شهادته التى تقبل منه فى كفره ولا التى تقبل منه فى إسلامه . لأنه فى حال كفره لم يقم عليه تمام الحد ولا ترد الشهادة إلا بذلك، وفى الإسلام لم يقم عليه تمام أيضا فلم تسقط شهادته (قوله بخلاف عبد حد فعتق لم تقبل) لأنه لاشهادة للعبد أصلا فى حال رقه فتوقف الرد على حدوثها فإذا حدثت كان رد شهادته بعد العتق من تمام الحد .

والفرق بينه وبين الكافر هو أن الكافر فى حال كفره له شهادة فإذا حد للقذف سقطت تلك الشهادة فإذا أسلم فقد استفاد بالإسلام بعد الحد شهادة فلم يخلفها رد : بخلاف العبد إذا حد ثم أعتق حيث لاتقبل شهادته لأنه لم يكن له شهادة على أحد وقت الجلد فلم يتم الرد إلا بعد الإعتاق (قوله على زناه) أى المقذوف (قوله أو اثنين) أو رجل وامرأتين منح (قوله كما لو برهن قبل الحد بحر) ونصه : لأنه لو أقام أربعة بعد ماحد على أنه زنى قبلت شهادته بعد التوبة فى الصحيح . لأنه لو أقامها قبل لم يحد فكذا لاترد شهادته : وإنما قيد بقوله على أنه زنى لأنه لو أقام بينة على إقرار المقذوف بالزنا لايشترط أن يكونوا أربعة : لما فى فتح القدير من باب حد القذف : فإن شهد رجلان أو رجل وامرأتان على إقرار المقذوف بالزنا يدرأ الحد عن القاذف لأن الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة الخ فكذا إذا أقام رجلين بعد حده على إقراره بالزنا تعود شهادته كما لايخفى:

ثم اعلم أن الضمير فى قوله لهم عندنا عائد إلى المحدودين . وعند الشافعى إلى القاذفين العاجزين عن الإثبات كما ذكره الفخر الرازى . فلو لم يحد تقبل شهادته عندنا خلافا له : ولو قذف رجلا ثم شهد مع ثلاثة على أنه زنى . فإن كان حد لم يحد المشهود عليه و إن لم يحد القاذف حد المشهود عليه: كذا فى البزازية اه (قوله الفاسق إذا تاب تقبل شهادته) قدمنا أن الفاسق إذا تاب لاتقبل شهادته مالم يمض عليه زمان يظهر أثر التوبة عليه وأن بعضهم قدر ذلك بستة أشهر وبعضهم قدر بسنة وأن الصحيح أنه مفوض إلى رأى القاضى والمعدل فراجعه (قوله والمعروف بالكذب) أى المشهور به . فلا تقبل شهادته فإنه لايعرف صدقه من توبته : بخلاف الفاسق إذا تاب عن سائر أنواع الفسق فإن شهادته تقبل بحر عن البدائع (قوله وشاهد الزور الخ) قال ط : صنيعه يقتضى أنه ذكر ذلك فى البحر . وقد اقتصر فيه على الأولين . فلو قال وفى الملتقط وساق العبارة لكان أولى اه.

أقول : نعم ذكره فى البحر فى هذا الباب عند قول الكنز ومن ألم بصغيرة إن اجتنب الكبائر ، وقدمنا عبارته فى هذا الباب عند قوله ومتى ارتكب كبيرة سقطت عدالته (قوله لو عدلا لاتقبل أبدا) لأنه لاتعرف توبته ولا تعتمد عدالته أى من غير ضرب مدة كما فى البحر عن الخلاصة قبيل قوله والأقلف .

وفى الخانية : المعروف بالعدالة إذا شهد بزور عن أبى يوسف أنه لاتقبل شهادته أبدا لأنه لاتعرف توبته . وقيد بالعدل لأن غير العدل إذا شهد بزور ثم تاب تقبل شهادته كما قدمناه (قوله لكن سيجىء ترجيح قبولها) أى قبيل باب الرجوع عن الشهادة . قال فى الخانية : تقبل وعليه الاعتماد. وجعل الأول رواية عن الثانى . وروى الفقيه أبو جعفر أنه تقبل وعليه الاعتماد . وكلام الشارح فيما يأتى أى قبيل باب الرجوع عن الشهادة صريح فى أن

(ومسجون فى حادثة) تقع (فى السجن) وكذا لا تقبل شهادة الصبيان فيما يقع فى الملاعب ، ولا شهادة النساء فيما يقع فى الحمامات وإن مست الحاجات لمنع الشرع عما يستحق به السجن ، وملاعب الصبيان وحمامات النساء فكان التقصير مضافا إليهم لا إلى الشرع بزازية وصغرى وشرنبلالية ؛ لكن فى الحاوى : تقبل شهادة النساء وحدهن فى القتل فى الحمام بحكم الدية كى لايهدر الدم اه فليتنبه عند الفتوى ، وقدمنا قبول شهادة المعلم فى حوادث الصبيان (والزوجة لزوجها وهو لها) وجاز عليها إلا فى مسألتين فى الأشباه (ولو فى عدة من ثلاث) لما فى القنية طلقها ثلاثا وهى فى العدة لم تجز شهادته لها

الرواية الثانية عن أبى يوسف أيضا تأمل (قوله ومسجون) ولو تعدد ، ولذا عبر فى الدرر : يشهد بعضهم على بعض والتعليل يفيده . قال فى المنح : يعنى إذا حدث بين أهل السجن حادثة فى السجن وأراد بعضهم أن يشهد فى تلك الحادثة لم تقبل لكونهم متهمين كذا فى الجامع الكبير ومثله فى البزازية اهـ (قوله وكذا لاتقبل شهادة الصبيان) ظاهر عبارة المصنف : وعبارة الصغرى يفيد أنها لاتقبل شهادة البالغ الذى حضر الملاعب لفسقه بالحضور (قوله لمنع الشرع عمايستحق به السجن) لأن العدل لايحضر السجن ، والبالغ لايحضر ملاعب الصبيان والرجال لاتحضر حمام النساء ، والشرع شرع لذلك طريقا آخر وهو الإمتناع عن حضور الملاعب وعما يستحق به الدخول فى السجن ، ومنع النساء عن الحمامات ، فإذا لم يمتثلوا كان التقصير مضافا إليهم لاإلى الشرع اهوقد تقدم الكلام على أنه قد يسجن الشخص من غير جرم ، والمنع إنما يظهر فى حق المسجون ، والنســاء فى الحمام لافى الصبيان لعدم تكليفهم .

ذكر فى إجارة المنبع معزيا إلى المبسوط أن عند أكثر العلماء والمجتهدين لابأس باتخاذ الحمام للرجال والنساء للحاجة إليها خصوصا فى الديار الباردة ، وما روى من منعهن محمول على دخولهن مكشوفات العورة . وقال المقدسى : وهو الصحيح (قوله وصغرى وشرنبلالية) مافى الشرنبلالية نقله عن الصغرى ، فالأولى شرنبلالية عن الصغرى . قال فى جامع الفتاوى : وقيل فى كل ذلك يقبل والأصح الأول كما فى القنية اه (قوله تقبل شهادة النساء وحدهن) قدم فى الوقف أن القاضى لايمضى قضاء قاض آخر بشهادة النساء وحدهن فى شجاج الحمام سائحانى، وحمله سيدى الوالد على القصاص بالشجاج (قوله فى القتل) فلا تقبل فى نحو الأموال والشجاج (قوله بحكم الدية) الأوضح فى حكم الدية وهو متعلق بتقبل : أى لافى ثبوت القصاص ، فإنه لايثبت بالنساء، وظاهر ذلك أنه يحكم بالدية مع شهادتهن بالعمد ط (قوله المعلم)ولو لغير قرآن(قوله والزوجة لزوجها وهو لها) أى ولو كانت الزوجة أمة لقوله عليه الصلاة والسلام « لاتجوز شهادة الوالد لولده، ولا الولد لوالده ، ولا المرأة لزوجها ، ولا الزوج لإمرأته ، ولا العبد لسيده ، ولا السيد لعبده ، ولا الشريك لشريكه ، ولا الأجير لمن استأجره » كما فى الفتح مرفوعا من رواية الخصاف ومن قول شريح وساقه بسنده ، ولأن المنافع بين هؤلاء متصلة ولهذا لايجوز أداءبعضهم الزكاةإلى بعض فتكون شهادته لنفسه من وجه فلا تقبل . قيل مافائدة قوله لسيده ؟ فإن العبد لاشهادة له فى حق أحد . وأجيب بأنه ذكره على سبيل الإستطراد فإنه عليه الصلاة والسلام لما عد مواضع التهمة ذكر العبد مع السيد ، فكأنه قال لو قبلت شهادة العبد فى موضع من المواضع على سبيل الفرض لم تقبل فى حق سيده (قوله وجاز عليها) أى وعليه (قوله إلا فى مسألتين فى الأشباه) وفى البحر أيضا الأولى قذفها الزوج ثم شهد عليها بالزنا مع ثلاثة لم تقبل ، لأنه يدفع اللعان عن نفسه . الثانية شهد الزوج وآخر بأنها أقرت بالرق لفلان وهو يدعى ذلك لم تقبل . ولو قال المدعى أنا أذنت لها فى نكاحه إلا إذا كان دفع لها المهر

ولا شهادتها له ، ولو شهد لها ثم تزوجها بطلت خانية ، فعلم منع الزوجية عند القضاء لا تحمل أو أداء (والفرع لأصله)

بإذن المولى كذا فى النوازل بحر ، وكأن وجهه أن إقدامه على نكاحها وتسليمها المهر مناف لشهادته إذا لم يعترف المدعى بإذنه بالنكاح وبقبض المهر .

قال فى البحر : ثم اعلم أن من لاتقبل شهادته له لايجوز قضاؤه ، فلا يقضى لأصله وإن علا ، ولا لفرعه وإن سفل ، ولو وكيل من ذكرنا كما فى قضائه لنفسه كما فى البزازية .

ومنها أيضا اختصم رجلان عند القاضى ووكل أحدهما ابن القاضى أو من لاتجوز شهادته له فقضى القاضى لهذا الوكيل لايجوز ، وإن قضى عليه يجوز . وفى الخزانة : وكذا لو كان ولده وصيا فقضى له ولو كان القاضى وصى اليتيم لم يجز قضاؤه فى أمر اليتيم ، ولو كان القاضى وكيلا لم يجز قضاؤه لموكله وتمامه فيها اه (قوله ولو شهد لها ثم تزوجها) أى قبل القضاء ، وكذا لو شهد ولم يكن أجيرا ثم صار أجيرا قبل أن يقضى بها تاترخانية قال ط : وانظر مالو طلقها وانقضت عدتها ، والمسألة بحالها هل يقضى بها ؟ والمناسب للمؤلف زيادة مسألة أخرى يزيد التفريع بها وضوحا ، وهى أنه لو شهد لإمرأته وهو عدل ولم يرد الحاكم شهادته حتى طلقا بائنا وانقضت عدتها فإنه تنفذ شهادته كما فى الخانية اه (قوله فعلم منع الزوجية) ولو الحكمية كما فى المعتدة ، لكن الذى يعلم مما ذكره منع الزوجية عند القضاء ، وأما منعها عند التحمل أو الأداء فلا يعلم مما ذكر فلا بد من ضميمة ماذكره :

فى المنح عن البزازية : لو تحملها حال نكاحها ثم أبانها وشهد لها : أى بعد انقضاء عدتها تقبل ، وماقدمناه فى المقولة السابقة قبل هذه عن ط وهى لو شهد لإمرأته وهو عدل الخ (قوله لاتحمل) أى لاتمنع الزوجية عن التحمل ، فلو تحمل أحدهما حال الزوجية وأدى بعد انقضاء العدة يجوز (قوله أو أداء) كما فى المسألة المنقولة عن الخانية . قال الرحمتى : وهو معطوف على القضاء : أى يمنع الزوجية عند القضاء أو الأداء لاعند التحمل ، فلو تحملت فى النكاح أو العدة وأدت بعدها جاز كتحمل الزوج ، ولا يصح القضاء بشهادة أحد الزوجين ولا أداؤهما للشهادة فى حال قيام الزوجية أو العدة ، وهذا هو المتفرع على عبارة الخانية حيث قال : ثم تزوجها بطلت أى لايقضى بها بعد أدائها قبل الزوجية ، كما لايصح الأداء حال قيام الزوجية اه وهو مخالف لما قدمناه من الخانية من نفاذ شهادة العدل لزوجته حال الزوجية إذا أبانها وانقضت عدتها قبل رد الحاكم شهادته ، وهو الموافق لظاهر عبارة الشارح لأن الظاهر عطف قوله أو أداء على قوله لاتحمل من غير تكلف لما قاله الرحمتى كما سمعت ، فتكون الزوجية غير مانعة عند التحمل وعند الأداء إلا أن يشهد لما قاله الرحمتى نقل فتأمل .

قال فى البحر : والحاصل أنه لابد من انتفاء التهمة وقت القضاء ، وأما فى باب الرجوع إلى الهبة فهى مانعة منه وقت الهبة لاوقت الرجوع ، فلو وهب لأجنبية ثم نكحها فله الرجوع بخلاف عكسه كما سيأتى . وفى باب إقرار المريض الاعتبار لكونها زوجة وقت الإقرار ، فلو أقر لأجنبية ثم نكحها ومات وهى زوجته صح . وفى باب الوصية الاعتبار لكونها زوجة وقت الموت لاوقت الوصية اه (قوله والفرع لأصله) ولو كان فرعا من وجه كولد الملاعنة لاتقبل شهادته لأصوله أو هوله أو لفروعه لثبوت نسبه من وجه بدليل صحة دعوته منه وعدمها من غيره . ويحرم مناكحته ووضع الزكاة فيه ولا إرث ولا نفقة من الطرفين كولد العاهر ، ولو باع أحد التوأمين وقد ولدا فى ملكه وأعتقه المشترى فشهد لبائعه تقبل ، فإن ادعى الباقى ثبت نسبهما وانتقض البيع والعتق والقضاء ، ويرد ماقبض أو مثله إن هلك للاستناد لتحويل العقد ، وإن كان القضاء قصاصا فى طرف

وإن علا إلا إذا شهد الجد لابن ابنه على أبيه أشباه .

أو نفس فأرشه عليه دون العاقلة ، وتمامه فى تلخيص الجامع من باب شهادة ولد الملاعنة ، ولا تقبل شهادة ولد أم الولد المنفى من السيد ولا يعطيه الزكاة كولد الحرة المنفى باللعان كذا فى المحيط البرهانى . وفى فتح القدير : تجوز شهادته لابنه رضاعا .

وفى خزانة الأكمل : شهد ابناه أن الطالب أبرأ أباهما واحتال بدينه على فلان لم تجز إذا كان الطالب منكرا وإن كان المال على غير أبيهما فشهدا أن الطالب أحال به أباهما والطالب ينكر والمطلوب يدعى البراءة والحوالة جازت انتهى .

وفى المحيط البرهانى : إذا شهدا على فعل أبيهما فعلا ملزما لاتقبل إذا كان للأب منفعة اتفاقا ، وإلا فعلى قولهما لاتقبل . وعن محمد روايتان ، فلو قال إن كلمك فلان فأنت حر فادعى فلان أنه كلمه وشهد ابناه به(١) لم تقبل عندهما ، وكذا إن علق عتقه بدخوله الدار ، ولو أنكر الأب جازت شهادتهما ، وكذا الحكم فى كل شىء كان من فعل الأب من نكاح أو طلاق أو بيع ، وإن شهد ابنا الوكيل على عقد الوكيل فهو على ثلاثة أوجه :

الأول أن يقر الموكل والوكيل بالأمر والعقد . وهو على وجهين ، فإن ادعاه الخصم قضى القاضى بالتصادق لابالشهادة . وإن أنكر فعلى قولهما لاتقبل ولا يقضى بشىء إلا فى الخلع فإنه يقضى بالطلاق بغير مال لإقرار الزوج به وهو الموكل . وعند محمد يقضى بالعقد إلا بعقد ترجع حقوقه إلى العاقد كالبيع .

الثانى أن ينكر الوكيل والموكل ، فإن جحد الخصم لاتقبل وإلا تقبل اتفاقا .

الثالث أن يقر الوكيل بهما ويجحد الموكل العقد فقط ، فإن ادعاه الخصم يقضى بالعقود كلها إلا النكاح على قول أبى حنيفة وتمامها فيه (قوله وإن علا) كجده وجد جده إلى مالا نهاية سواء كان جده لأبيه أو لأمه (قوله إلا إذا شهد الجد الخ) محل هذا الاستثناء بعد قوله وبالعكس إذ الجد أصل لافرع . وأنت خبير بأن هذه ليست من جزئيات شهادة الفرع لأصله بل الأمر بالعكس ، وحينئذ فلا محل له بعد قوله وبالعكس . وقياسه هنا أن يقال إلا إذا شهد ابن الابن على أبيه لجده وهذا تبع فيه صاحب الأشباه ابن الشحنة كما نقله منه فى المنح ، ويظهر لك بيانه قريبا .

ثم إن صاحب المحيط جعل ذلك فى صورة مخصوصة ، وهى ما إذا ولدت امرأة ولدا فادعت أنه من زوجها هذا وجحد الزوج ذلك فشهد أبوه وابنه على إقرار الزوج أنه ولده من هذه المرأة تقبل شهادتهما لأنها شهادة على الأب اهـ ومثله فى الخانية .

أقول : وتتمة عبارتها ولو شهد أبو المرأة وجدها على إقرار الزوج بذلك لاتقبل شهادتهما لأنهما يشهدان لولدهما . ولو ادعى الزوج ذلك والمرأة تجحد فشهد عليها أبوها أنها ولدت وأقرت بذلك اختلفت فيه الرواية قال فى الأصل : لاتقبل شهادتهما فى رواية هشام وتقبل فى رواية أبى سليمان وإذا شهد الرجل لابن ابنه على ابنه جازت شهادته انتهت ونقلها فى التاترخانية بحروفها .

ووجه الأولى أنها شهادة على الابن للمرأة صريحا بجحوده وادعائها ، وفى الثانية بالعكس والقبول فى الأولى يقتضى القبول فى الثانية وترجيح رواية أبى سليمان إذ لافرق يظهر ولم يصر الولد المجحود ابن ابن إلا بعد الشهادة فى المسألتين ، وعلى هذا فلا فرق بين الأموال والنسب فى القبول .

---

(١) (قوله فادعى فلان أنه كلمه وشهد ابناه به) أى ابنا فلان وكذا الضمير فى قوله بدخوله لفلان اهـ منه .

قال : وجاز على أصله إلا إذا شهد على أبيه لأمه ولو بطلاق ضرتها والأم فى نكاحه . وفيها بعد ثمان ورقات :

وفى المنح عن شرح العلامة عبد البر نقلا عن الخانية : القبول مطلقا من غير تقييد بحق . قال المصنف : ولعل وجه القبول أن إقدامه على الشهادة على ولده وهو أعز عليه من ابنه دليل على صدقه فتنتفى التهمة التى ردت لأجلها الشهادة ، وهذا خلاف ما مشى عليه صاحب البحر من أنه مقيد بشهادة الأب على إقرار ابنه ببنوة ولده فى الأموال ونقله قبله أنها لا تقبل وحمله على أنها فى غير مسألة المحيط المذكورة ، وتعقب المصنف كلامه بكلام ابن الشحنة .

ونص قاضيخان فيمن لاتقبل شهادته للتهمة أو إذا شهد الرجل لابن ابنه على ابنه جازت شهادته كما ذكرنا اه.

قال الشلبى فى فتاويه : سئلت عما لو شهدت الأم لبنتها على بنت لها أخرى هل تقبل شهادتها ، فأجبت بما حاصله إن شهادة الأم على إحدى البنتين وإن كانت مقبولة لكن لما تضمنت الشهادة للأخرى ردت فلاتقبل شهادتها للتهمة ، والله الموفق . ويشهد لما أجبت به قول الزيلعى رحمه الله تعالى فى كتاب النكاح : ولو تزوجها بشهادة ابنيهما ثم تجاحدا لاتقبل مطلقا لأنهما يشهدان لغير المنكرمنهما اه . ثم أجاب عن سؤال الآخر بمانصه : شهادة الأب على ولده لابنته غير صحيحة ، والله تعالى أعلم اه .

أقول : ويظهر لى اعتماد عدم القبول أيضا لأنه منطوق المتون فتأمل (قوله قال) أى صاحب الأشباه (قوله إلا إذا شهد على أبيه لأمه) فى مال لا طلاق ادعته عليه كما فى تنوير الأذهان والضمائر معزيا لفتاوى شمس الأئمة الأوزجندى من أن الأم وإن ادعت الطلاق تقبل شهادتهما وهو الأصح ، لأن دعواها لغو ؛ فإن الشهادة تقبل حسبة من غير دعواها فصار وجود دعواها وعدمها سواء ط (قوله ولو بطلاق ضرتها) لأنها شهادة لأمه (قوله والأم فى نكاحه) الواو للحال . ووجهه الشريف الحموى بأن فيه جر نفع للأم . وأخذ السيد أبو السعود من كلام الأوزجندى السابق أن القبول هنا أولى ، لأن الأم لم تدع والشهادة فى الطلاق مقبولة حسبة .

قال فى البحر : وذكر فى القضاء من الفصل الرابع : رجل شهد عليه بنوه أنه طلق أمهم ثلاثا وهو يجحد فإن كانت الأم تدعى فالشهادة باطلة ، وإن كانت تجحد فالشهادة جائزة ، لأنها إذا كانت تدعى فهم يشهدون لأمهم لأنهم يصدقون الأم فيما تدعى ويعيدون البضع إلى ملكها بعدماخرج عن ملكها . وأما إذا كانت تجحد فيشهدون على أمهم لأنهم يكذبونها فيما تجحد ويبطلون عليها ما استحقت من الحقوق على زوجها من القسم والنفقة وما يحصل لها من منفعة عود بضعها إلى ملكها فتلك منفعة مجحودة يشوبها مضرة فلا تمنع قبول الشهادة اه وهذه من مسائل الجامع الكبير .

وأورد عليه أن الشهادة بالطلاق شهادة بحق الله تعالى ، فوجود دعوى الأم وعدمها سواء لعدم اشتراطها . وأجيب بأن مع كونه حقا لله تعالى فهو حقها أيضا ، فلم تشترط الدعوى للأول واعتبرت إذا وجدت مانعة من القبول للثانى عملا بهما .

وفى المحيط البرهانى معزيا إلى فتاوى شمس الإسلام الأوزجندى : أن الأم إذا ادعت الطلاق تقبل شهادتهما قال وهو الأصح لأن دعواها لغو . قال مولانا : وعندى أن ما ذكره فى الجامع أصح اه .

ويتفرع على هذا مسائل ذكرها ابن وهبان فى شرحه .

الأولى : شهدا أن امرأة أبيهما ارتدت وهى تنكر ، فإن كانت أمهما حية لم تقبل ادعت أو أنكرت لانتفاعها ، وإلا فإن ادعى الأب لم يقبل وإلا قبلت .

لا تقبل شهادة الإنسان لنفسه إلا فى مسألة القاتل إذا شهد بعفو ولى المقتول فراجعها (وبالعكس) للتهمة

الثانية : طلق امرأته قبل الدخول ثم تزوجها فشهد ابناه أنه طلقها فى المدة الأولى ثلاثا ثم تزوجها بلا محلل فإن كان الأب يدعى لا تقبل وإلا تقبل .

الثالثة : شهد ابناه على الأب أنه خلع امرأته على صداقها فإن كان الأب يدعى لم تقبل دخل بها أولا وإلا تقبل ادعت أولا .

الرابعة : شهد ابنا الجارية الحران أن مولاها أعتقها على ألف درهم ، فإن كانت تدعى لم تقبل وإلا فتقبل وإن شهد ابنا المولى وهو يدعى لم تقبل وعتقت لإقراره بغير شىء وإلا تقبل ، بخلاف ما إذا شهدا على عتق أبيهما بألف فإنها لا تقبل مطلقا لأن دعواه شرط عنده . ولو شهد ابنا المولى ، فإن ادعى المولى لم تقبل ، وإن جحد وادعى الغلام تقبل ويقضى بالعتق وبوجوب المال ، وإن أنكر لم تقبل .

الخامسة : جارية فى يد رجل ادعت أنه باعها من فلان وأن فلانا الذى اشتراها أعتقها والمشترى يجحد فشهد ابناذى اليد بما ادعت الجارية ، فإن ادعى الأب لم تقبل وإلا تقبل اه . وهذه كلها مسائل الجامع الكبير ذكرها الصدر الشهيد سليمان فى باب من الشهادات . وزاد قالت : بعتنى منه وأعتقنى وشهد ابنا البائع ، إن ادعى لا تقبل وعتقت بإقراره ، وإن كذبه قبلت وثبت الشراء والعتق لأنه خصم كالشفيع فى يده جارية قال بعتها من فلان بألف وقبضها وباعها منى بمائة دينار وشهد ابنا البائع يقضى بالبيعين وبالثمنين . وعند محمد يشترط تصديقه ولا يحبس به ، وإن ادعى الأب لا تقبل ويسلم له بإقراره إلى آخر ما فيه .

وفى البزازية : وفى المنتقى : شهدا على أن أباهما القاضى قضى لفلان على فلان بكذا لا تقبل والمأخوذ أن الأب لو كان قاضيا يوم شهد الابن على حكمه تقبل ، ولو شهد الابنان على شهادة أبيهما تجوز بلا خلاف ، وكذا على كتابه اه . ثم قال : قضاء القاضى بشهادة ولده وحافده يجوز .

وفى الخانية : ولو ولدت ولدا وادعت أنه من زوجها وجحد الزوج ذلك فشهد على الزوج أبوه وابنه أنه أقر أن هذا ولده من هذه المرأة . قال فى الأصل : جازت شهادتهما ، ولو ادعى الزوج ذلك والمرأة تجحد فشهد عليها أبوها أنها ولدت وأنها أقرت بذلك اختلف فيه الرواية اه ، وتقدم نقل مسألة الخانية فلا تنسه (قوله لا تقبل شهادة الإنسان لنفسه) قال مؤيد زاده : شهادة الإنسان فيما باشره مردودة بالإجماع سواء كان لنفسه أو لغيره وهو خصم فى ذلك أولا ، فلا تجوز شهادة الوكيل بالنكاح اه (قوله إلا فى مسألة القاتل إذا شهد بعفو ولى المقتول) أل فى القاتل للجنس الصادق بالتعدد .

وصورتها كما فى الحلبى عن الأشباه : ثلاثة قتلوا رجلا عمدا ثم شهدوا بعد التوبة أن الولى قد عفا عنا . قال الحسن : لا تقبل إلا أن يقول اثنان منهم عفا عنا وعن هذا الواحد ، فنى هذا الوجه قال أبو يوسف تقبل فى حق الواحد . وقال الحسن : تقبل فى حق الكل اه . قال البيرى : الذى رأيناه فى تلخيص الكبرى وخزانة الأكمل وعن الحسن فى ثلاثة قتلوا رجلا عمدا ثم تابوا وأقروا وشهدوا أنه عفا عنا لا يجوز ، وإن قال اثنان عفا عنا وعن هذا . قال أبو يوسف : تقبل فى حق هذا الواحد . وقال الحسن : يجوز فى الوجهين . وفى تلخيص الكبرى والفتوى على قول أبى يوسف اه ثم على قول أبى يوسف لاشهادة لإنسان لنفسه بل شهادتهما للثالث ، ولا تهمة فيها لعدم الاشتراك لوجوب القتل على كل واحد منهما كملا فلم تجر منفعة اه . وأما على قول الحسن بالقبول فقد قبلت شهادة الإنسان لنفسه بالنظر لهما . وقوله : وقال الحسن يجوز فى الوجهين فيه

(وسيد لعبده ومكاتبه والشريك لشريكه

نظر ، فإنه ذكر عن الحسن فيما إذا قال الثلاثة عفا عنا لا يجوز ، فإن عبارتى الأشباه والبيرى متفقتان على عدم القبول فيما إذا قال عنا عنا فقط عند الحسن . والظاهر أن أبا يوسف معه إذ لم يذكر خلافه إلا فى الثانية ، فإن أريد بالوجهين الثالث والشاهدان وافق عجز عبارة الأشباه السابقة ولاوجه لقول البيرى : والذى رأيناه الخ فإنه يفيد المخالفة بين العبارتين ظ .

قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى : إن كان المراد بقول الحسن تقبل إذا قال اثنان منهم عفا عنا وعن هذا الواحد تقبل إن القاتل اثنان فقط كما هو المتبادر من ظاهر العبارة ، فالظاهر أن القبول فى حق سقوط القود عن الكل ، وعليه فتجب الدية على الشاهدين فقط وإن كان المراد أن كل اثنين قال ذلك أو كل واحد قال ذلك فتسقط الديه عن الكل ، وانظر ما وجه قول أبى يوسف هذا وقد جعل المسألة فى الأشباه مستثناة من قاعدة : لا تقبل شهادة الإنسان لنفسه ، فقال محشيها الحموى تبعا للرملى : لا يصح استثناء هذه المسألة من الضابط المذكور ، لأنه ليس فيها قبول شهادة الإنسان لنفسه ، ولا على قول الحسن ، بل إنما قبلت على قوله فى الوجه المذكور لأنها شهادة الاثنين كل منهم على عفو الولى عن الثالث . وأما شهادة كل لنفسه فلا قائل بها .

والوجه فى ذلك أن شهادة الاثنين للآخر لا تهمة فيها لعدم الاشتراك لوجوب القتل على كل واحد منهم كملا فلم تجر منفعة فهى كشهادة غريمين لغريمين فتأمل .

وفى حاشيتها للكفيرى قال أبو حنيفة : تقبل فى حق الواحد ويسقط القصاص عن الاثنين ويلزمهما بقية الدية وذلك لأن الشهادة ليست لأنفسهما . وقال الحسن : تقبل فى حق الكل ، وذلك لما فيه من اعتبار أن كل اثنين تكون شهادتهما لغيرهما ، وإذا فرض ذلك فتحصل الشهادة فى المعنى لكل من الاثنين للآخر فتقبل شهادة الكل اه نقله بعض الفضلاء . وعلى هذا التقرير يصح الاستثناء لأن فيه قبول شهادة الإنسان لنفسه فتأمل اه .

قال فى البحر : ونظيره أى نظير مسألة القاتل ما فى الخانية أيضا : لو قال إن دخل دارى أحد فعبدى حر فشهد ثلاثة أنهم دخلوها . قال أبو يوسف : إن قالوا دخلناها جميعا لا تقبل ، وإن قالوا دخلنا ودخل هذا تقبل . وسأل الحسن بن أبى يوسف عنها فقال : إن شهد ثلاثة بأنا دخلناها جميعا تقبل ، وإن شهد اثنان لا تقبل فقال له الحسن أصبت وخالفت أباك اه (قوله وسيد لعبده) أى وأمته وأم ولده وتقبل عليهم قهستانى (قوله ومكاتبه) لأنه شهادة لنفسه من كل وجه إن لم يكن عليه دين ومن وجه إن كان عليه دين لأن الحال موقوف مراعى .

وفى منية المفتى : شهد العبد لمولاه فردت ثم شهد بها بعد العتق تقبل ، ولو شهد المولى لعبده بالنكاح فردت ثم شهد له بعد العتق لم يجز لأن المردود كان شهادة ، وكذا الصبى أو المكاتب إذا شهد فردت ثم شهد بها بعد البلوغ والعتق جازت لأن المردود لم يكن شهادة اه بحر ، وقدمنا الكلام عليه مستوفى فى هذا الباب فراجعه (قوله والشريك لشريكه) سواء كانت شركة أملاك أو شركة عقد عنانا أو مفاوضة أو وجوها أوصنائع ، وخصصه فى النهاية بشريك العنان . قال : وأما شهادة أحد المفاوضين لصاحبه فلا تقبل إلا فى الحدود والقصاص والنكاح لأن ما عداها مشترك بينهما ، وتبعه فى العناية والبناية وزاد فى فتح القدير على الثلاثة : الطلاق والعتاق وطعام أهله وكسوتهم . وتعقبه الشارح بأنه سهو فإنه لا يدخل فى الشركة إلا الدراهم والدنانير

فيما هو من شركتهما)

ولايدخل فيه العقار ولا العروض ، ولهذا قالوا : لو وهب لأحدهما مال غير الدراهم والدنانير لا تبطل الشركة لأن المساواة فيه ليس بشرط اه وكذا قال فى الحواشى السعدية : فيه بحث لأنه إذا كان ما عداهما مشتركا يدخل فى عموم قوله ما ليس من شركتهما ، فيشمل كلام المصنف شركة المفاوضة أيضا ، فلا وجه للإخراج فتأمل ، إلا أن يخص بالأملاك بقرينة السياق . ثم إن قوله لأن ما عداهما مشترك بينهما غير صحيح فإنه لايدخل فى الشركة إلا الدراهم والدنانير الخ وما ذكره فى النهاية هو صريح كلام محمد فى الأصل كما ذكره فى المحيط البرهانى . ثم قال : وشهادة أحد شريكى العنان فيما لم يكن من تجارتهما مقبولة لا فيما كان منها ، ولم يذكر هذا التفصيل فى المفاوضة لأن العنان قد تكون خاصا وقد تكون عاما فأما المفاوضة فلا تكون إلا فى جميع الأموال وقد عرف ذلك فى كتاب الشركة . وعلى قياس ما ذكره شيخ الإسلام فى كتاب الشركة أن المفاوضة تكون خاصة يجب أن تكون المفاوضة على التفصيل الذى ذكرنا فى العنان اه .

مطلب شهد الشريكان أن لهما ولفلان على هذا الرجل كذا فهى على ثلاثة أوجه

وشمل كلام المؤلف ما إذا شهد أن لهما ولفلان على هذا الرجل ألف درهم وهى على ثلاثة أوجه :

الأول : أن ينصا على الشركة بأن شهدا أن لفلان ولهما على هذا الرجل ألف درهم مشترك بينهم فلا تقبل .

الثانى : أن ينصا على قطع الشركة بأن قالا نشهد أن لفلان على هذا خمسمائة بسبب على حدة ولنا عليه ضمانه بسبب على حدة فتقبل شهادتهما فى حق فلان .

الثالث : أن يطلقا فلا تقبل لاحتمال الاشتراك .

مطلب شهد أن الدائن أبرأهما وفلانا عن الألف

ولوكان لواحد على ثلاثة دين فشهد اثنان منهم أن الدائن أبرأهما وفلانا عن الألف الذى كان له عليه وعليهما فإن كانوا كفلاء لم تقبل وإلا فإن شهدوا بالإبراء بكلمة واحدة فكذلك وإلا تقبل ، كذا فى المحيط البرهانى بحر بزيادة . قال فى الهندية : وكذلك أى لا تقبل شهادة أجير أحد الشريكين للشريك الآخر كما فى المبسوط اه (قوله فيما هو من شركتهما) أما فيما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة .

قال فى البحر : وهنا مسائل متفرعة على عدم شهادة الشريك لشريكه . الأولى شهدا أن زيدا أوصى بثلث ماله لقبيلة بنى فلان وهما من تلك القبيلة صحت ولا شىء لهما منها .

الثانية : لو أوصى لفقراء جيرانه وهما منهم فالحكم كذلك .

الثالثة : لوأوصى لفقراء بيته أو لأهل بيته وهما منهم لم تصح ، ولوكانا غنيين صحت . والفرق بين الأولين والثالثة أنه يجوز فيهما تخصيص البعض منهم بخلافه فى الثالثة .

الرابعة : لوأوصى لفقراء جيرانه فشهد من له أولاد محتاجون منهم لم تقبل مطلقا فى حق الأولاد وغيرهم . والفرق بينهما وبين أولادهما أن المخاطب لم يدخل تحت عموم خطابه فلم يتناولها الكلام ، بخلاف الأولاد فإنهم داخلون تحت الشهادة ، وإنما أدخلنا المتكلم فى مسألة الشهادة لفقراء أهل بيته باعتبار أنهم يحصون ، بخلاف فقراء جيرانه وبنى تميم .

لأنها لنفسه من وجه . فى الأشباه : للخصم أن يطعن بثلاثة برقّ وحدّ وشركة .

وفى فتاوى النسفى : لو شهد بعض أهل القرية على بعض منهم بزيادة الخراج لا تقبل ما لم يكن خراج كل أرض معينا أو لا خراج للشاهد ، وكذا أهل قرية شهدوا على ضيعة أنها من قريتهم لا تقبل ،

وذكر قاضيخان فى فتاواه من الوقف : لو شهدا أنها صدقة موقوفة على فقراء جيرانه وهما منهم جازت ولو على فقراء قرابته لا . قال الناطفى فى الفرق : إن القرابة لا تزول والجوار يزول فلم تكن شهادة لنفسه لا محالة اه . وأهل بيت الإنسان لا يزول عنهم لأنهم أقاربه الذين فى عياله فلهذا لم تقبل فيها ، ولكن يشكل بمسألة القبيلة فإن الاسم عنهم لا يزول مع قبولها ولكن لا يدخلان . ويمكن الفرق بين الوصية والوقف بما أشار إليه ابن الشحنة اه . وعلى هذا شهادة أهل المدرسة بوقفها جائزة كما يأتى قريبا فى كلام الشرح (قوله لأنها لنفسه من وجه) وهو البعض الذى هو حصة وذلك باطل ، وإذا بطل في البعض بطل فى الكل لكونها غير متجزئة إذ هى شهادة واحدة عناية (قوله برق) فإذا طعن المدعى عليه فى الشهود أنهم عبيد فعلى المدعى إقامة البينة على حريتهم بحر عند قوله إلا أن يتحملا فى الرق والصغر ؛ لكن نقل بعده عن الخلاصة فى الكلام على الجرح المجرد أنه يقال للشاهدين أقيما البينة على الحرية وهو صريح ما قدمه فى شرح قوله والمملوك ، وما هنا صريح فى أن ذلك على المدعى وهو قوله فعلى المدعى إقامة البينة على حريتهم فتأمل (قوله وحد) فلو قال هم محدودون فى قذف فعلى الطاعن إقامة البينة حموى وله الطعن ولو بعد الحكم ولو عدلهم الخصم قبلها فله الطعن ولو عدلهم بعدالشهادة لا يقبل طعنه ط (قوله وشركة) أى إذا ادعى الخصم أن الشاهد شريك المدعى وأقام بينة تقبل شهادة بينته ولا يكلف المدعى إقامة بينة على أنه ليس شريكا له على الظاهر لأنها بينة نفى ط (قوله بزيادة الخراج) أى الذى لم يكن معينا لا تقبل لأنه يدفع عن نفسه بها مغرما (قوله ما لم يكن خراج كل أرض معينا) فإن الشاهد بشهادته لا يجر لنفسه مغنما ولا يدفع بها مغرما ، وكذا يقال فيما بعد (قوله أو لا خراج للشاهد) أى عليه كما فى الهندية عن الخلاصة (قوله شهدوا على ضيعة) أى يعود نفعها لجميعهم ، أما إذا كانت لجماعة معينين فلا مانع من القبول فيما يظهر ط وعبارة البزازية على قطعة ، لكن فى الفتح كما هنا على ضيعة . وفى القاموس : الضيعة العقار والأرض المغلة .

قال فى الهندية : أهل القرية أو أهل السكة الغير النافذة شهدوا على قطعة أرض أنها من قريتهم أو سكتهم لا تقبل وإن كانت نافذة ، إن ادعى لنفسه حقا لا تقبل ، وإن قال لا آخذ شيئا تقبل كذا فى الوجيز للكردرى (قوله يشهدون بشىء من مصالحه) بأن شهدوا على قطعة أرض أنها من سكتهم كما قدمناه عن الهندية (قوله وفى النافذة الخ) صورته : ادعى أهل السكة قطعة أرض أنها من السكة وشهد بعضهم ، إن كان الشاهد لا غرض له إلا إثبات نفع عام لا جرّ مغنم له تقبل ، وإن أراد أن يفتح بابا فيها لا تقبل ط (قوله لا تقبل) وقيل تقبل مطلقا فى النافذة فتح (قوله وإن قال لا آخذ شيئا تقبل) فى قاضيخان : دار بيعت ولها شفعة وأنكر البائع البيع فشهد بذلك بعض الشفعاء ، إن كان لا يطلب الشفعة وقال أبطلت شفعتى جازت شهادته وإلا لا ، لأن حق الشفعة مما يحتمل الإبطال . أما فى المسألة الآتية فى الوقف على المدرسة من كان فقيرا من أصحاب المدرسة يكون مستحقا للوقف استحقاقا لا يبطل بإبطاله ، فإنه لو قال أبطلت حقى كان له أن يطلب ويأخذ بعد ذلك ، فكان شاهدا لنفسه فيجب أن لا تقبل شهادته . وعن بعض المشايخ : إذا شهد اثنان من أهل سكة على وقف تلك السكة ، إن كان الشاهد يطلب لنفسه حقا لا تقبل شهادته ، وإن كان لا يطلب تقبل ونظر فيه اه ملخصا ، ويؤيده ما نذكره من الكلام عليها فى المقولة الآتية فاحفظه (قوله وكذا) أى تقبل فى وقف المدرسة : أى

وكذا أهل سكة يشهدون بشيء من مصالحه لو غير نافذة ، وفى النافذة إن طلب حقا لنفسه لا تقبل ، وإن قال لآخذ شيئا تقبل وكذا فى وقف المدرسة انتهى فليحفظ (والأجير الخاص لمستأجره) مسانهة

فى وقفية وقف على مدرسة كذا وهم من أهل تلك المدرسة ؛ وكذلك الشهادة على وقف مكتب وللشاهد صبى فى المكتب ، وشهادة أهل المحلة فى وقف عليها ؛ وشهادتهم بوقف المسجد . والشهادة على وقف المسجد الجامع . وكذا أبناء السبيل إذا شهدوا بوقف على أبناء السبيل فالمعتمد القبول فى الكل بزازية . وقيد بالشهادة بوقف المدرسة لأن شهادة المستحق فيما يرجع إلى الغلة كشهادته بإجارة ونحوها لا تقبل لأن له حقا فى المشهود به فكان متهما بحر .

قال ابن الشحنة : ومن هذا النمط مسألة قضاء القاضى فى وقف تحت نظره أو مستحق فيه اه وهذا كله فى شهادة الفقهاء بأصل الوقف : أما شهادة المستحق فيما يرجع إلى الغلة كشهادته بإجارة ونحوها لم تقبل لأن له حقا فيه فكان متهما .

وقد كتبت فى حواشى جامع الفصولين أن مثله شهادة شهود الأوقاف المقررين فى وظائف الشهادة بما يرجع إلى الغلة لما ذكرنا ، وتقريره فيهما لا يوجب قبولها . وفائدتها إسقاط التهمة عن المتولى فلا يحلف . ويقويه أن البينة تقبل لإسقاط اليمين كالمودع إذا ادعى الرد أو الهلاك فالقول له مع اليمين . فإن برهن فلا يمين بحر ملخصا فراجعه . قال الرملى : ويعلم من قوله ومن هذا النمط الخ جواز شهادة الناظر فى وقف تحت نظره لأن القضاء والشهادة من باب واحد كما تقدم . وقد أفتى به شيخ الإسلام الشيخ محمد الغزى فى واقعة الحال بقوله الظاهر قبولها ، كما شهد بوقف مدرسة وهو صاحب وظيفة بها . والله تعالى أعلم فتأمل اه .

ويرد على ما مر من الفرق ما فى البزازية من قوله : أهل القرية إذا شهدوا على قطعة أرض أنها من أراضى قريتهم لا تقبل . وأجاب عنه التمرتاشى بحمله على قرية مملوكة كما فى التنقيح (قوله انتهى) أى ما فى فتاوى النسفى ، ونقله عنه فى الفتح آخر الباب (قوله والأجير الخاص) وذلك لأن منافعه مستحقة للمستأجر . ولهذا لا يجوز له أن يؤجر نفسه من آخر فى تلك المدة ، فلو جازت شهادته للمستأجر كانت شهادة بالأجر لأن شهادته من جملة منافعه فلا تقبل شهادته فى تجارة أستاذه ولا فى شيء آخر اه شلبى . وقيد بالخاص لأن شهادة المشترك كالخياط تقبل لأنه لا يستوجب أجرا إلا بعمله ، فإذا لم يستوجب بإجارته شيئا انتفت التهمة عن شهادة اه . وتقبل شهادة من استأجره يوما فى ذلك اليوم استحسانا كما فى البزازية ، ولا تقبل شهادة المستعير لمعيره بالمستعار . ولو رهن دارا فشهد له من استأجره للبناء يقبل ، وإن شهد له من استأجره لهدمها لا .

قال فى الهندية : رجل ادعى دارا فى يد رجل فشهد له شاهدان بها وأن المدعى استأجرهما على بنائها وغير ذلك مما لا يجب عليه الضمان فى ذلك جازت شهادتهما ، وإن قالا استأجرنا على هدمها فهدمناها لا تقبل شهادتهما بالملك للمدعى ويضمنان قيمة البناء للمدعى عليه كذا فى فتاوى قاضيخان . وشهادة الأستاذ للتلميذ مقبولة . وكذا المستأجر للأجير فتح . ولا تقبل شهادة المستأجر للآجر بالمستأجر بحر .

لو استأجر دارا شهرا فسكن الشهر كله ثم جاء مدع آخر فشهد بها المستأجر ورجل آخر معه فالقاضى يسأل المدعى عن الإجارة أكانت بأمره أو بغير أمره ، فإن قال كانت بأمرى لم تقبل شهادة المستأجر لأنه مستأجر شهد بالمستأجر للآجر ، وإن قال كانت بغير أمرى تقبل شهادته لأنه ليس بمستأجر فى حقه ، ولو لم يسكن الشهر كله لم تجز شهادته وإن لم يدع المدعى أن الإجارة كانت بأمره .

أو مشاهرة أو الخادم أو التابع أو التلميذ الخاص الذى يعد ضرر أستاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه درر . وهو معنى قوله عليه الصلاة والسلام : « لا شهادة للقانع بأهل البيت » أى الطالب معاشه منهم من القنوع

ولو شهد المستأجران أن المدعى للذى آجرهما لإثبات الإجارة أو لإنسان آخر على المؤجر لفسخ الإجارة . قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى : جازت شهادتهما سواء كانت الأجرة رخيصة أو غالية . وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى : لا تجوز شهادتهما فى فسخها لأنهما يدفعان عن أنفسهما الأجرة ، وإن كانا ساكنين فى الدار بغير أجر جازت شهادتهما هندية عن المحيط .

وفيها : إذا شهد الأجير لأستاذه وهو أجير شهر فلم ترد شهادته ولم يعدل حتى مضى الشهر ثم عدل لم تقبل شهادته ، فمن شهد لامرأته ثم طلقها قبل التعديل لا تقبل شهادته ، وإن شهد ولم يكن أجيرا ثم صار أجيرا قبل القضاء بطلت شهادته ، ولو أن القاضى لم يرد شهادته وهو غير أجير ثم صار أجيرا ثم مضت مدة الإجارة لا يقضى بتلك الشهادة وإن لم يكن أجيرا عند القضاء ولا عند الشهادة ، فلو أن القاضى لم يبطل شهادته ولم يقبل فأعاد الشهادة بعد انقضاء مدة الإجارة جازت شهادته اه . ولا تجوز شهادة الكيال بخلاف الذراع . وشهادة الدائن لمديونه تقبل وإن كان مفلسا كما فى الهداية . وفى المحيط لا تقبل بدين له بعد موته بحر . قال العلامة التمرتاشى فى فتاويه : تقبل شهادة رب الدين لمديونه حال حياته إذا لم يكن مفلسا قولا واحدا .

واختلف فيما إذا شهد له فى حال كونه مفلسا . ففى المحيط لا تقبل . وشمس الأئمة الحلوانى والدصاحب المحيط قال تقبل . وأما إذا شهد له بعد الموت فلا تقبل قولا واحدا لتعلق حقه بالتركة كالموصى له كذا فى شرح الوهبانية اه (قوله أو مشاهرة) أو مياومة هو الصحيح جامع الفتاوى ، ومثله فى الخلاصة ويلحق به المزارع فإنه لا يلزم أن تكون مسانهة أو مشاهرة ، فقد يزارعه على إنهاء هذا الزرع لكنه فى حكمه فلا تصح شهادته لرب البذر كما تقدم (قوله أو الخادم أو التابع) يحرر الفرق بين المذكورين .

وقد يقال إن المراد بالخادم من يخدم بغير أجر ، والتابع من يكون يتعيش فى منزل المشهود له من غير خدمة كملازم فى البيت ، والمراد بالتلميذ الصناع التابعون لكبيرهم ط . وفى الخلاصة : هو الذى يأكل معه وفى عياله وليس له أجر معلوم . وقيل المراد الأجير مسانهة أو مشاهرة أو مياومة وتمامه فى الفتح ، وكان بين الخادم وبين الأجير عموم وخصوص من وجه ، فالأجير يستأجر لغير الخدمة الخاصة به ، كما لو استأجره لرعى الغنم أو للخياطة أو الخبز مسانهة أو مشاهرة والخادم قد يخدمه بلا أجر طمعا فى طعامه أو أمر آخر ، فيجتمعان فيمن استأجره مسانهة أو مشاهرة للخدمة ، وينفرد الأجير فيما لو استأجره للخياطة مثلا كذلك ، وينفرد الخادم فيما إذا كان يخدمه طمعا فى طعامه وشرابه بدون استئجار ، والتابع هو الذى يكون عالة عليه وإن لم يخدمه ، والتلميذ هو الذى يتعلم منه علما أو غيره من الصنائع ويدخله فى نفقته وهو الذى أراد بقوله بعد ضرر أستاذه الخ بدليل قوله وهو معنى قوله عليه الصلاة والسلام الخ (قوله من القنوع) بالضم . قنع يقنع قنوعا : إذا سأل ، فيكون المراد به السؤال كما هو أحد معانيه . قال تعالى — وأطعموا القانع — قال بعضهم : القانع هو السائل الذى لا يلح فى السؤال ويرضى بما يأتيه عفوا ، ويطلق على التذلل . ومن دعائهم نسأل الله القناعة ونعوذ به من القنوع ، ويطلق على الرضا بالقسم فهو ضد . وفى المثل : خير الغنى القنوع ، وشر الفقر الخضوع ، والفعل كمنع واسم الفاعل قانع وقنيع . أما القناعة فالرضا بالقسم كالقنع محركا والفعل كفرح واسم الفاعل قنع وقانع وقنوع وقنيع أفاده فى القاموس ، وبهذا علمت أن قوله من القناعة ، يعنى

لامن القناعة . ومفاده قبول شهادة المستأجر والأستاذ له (ومخنث) بالفتح (من يفعل الردىء) ويؤتى ، وأما بالكسر فالمتكسر المتلين فى أعضائه وكلامه خلقة فيقبل بحر (ومغنية) ولو لنفسها لحرمة رفع صوتها درر . وينبغى تقييده بمداومتها عليه ليظهر عند القاضى كما فى مدمن الشرب على اللهو ذكره الوانى (ونائحة فى مصيبة غيرها)

أن المراد بالقنوع إما السؤال وإما التذلل ، وعلمت أن القنوع يأتى بمعنى القناعة ط بزيادة (قوله لا من القناعة) الاجتزاء باليسير من الإعراض المحتاج إليها . يقال قنع يقنع قناعة وقنعانا إذا رضى ، وللحن البابين أشار الشاعر بقوله :

العبـــد حر إن قنع والحر عبـــد إن قنع
فاقنـــع ولا تقنع فمـا شىء أضر من الطمع

(قوله ومفاده) أى الحديث الخ صرح به فى الفتح جازما به ، ونقله فى الشرنبلالية : أى إذا كان العلة فى عدم قبوله شهادتهما هو طلب معاشهم من المشهود له ، إذ حينئذ يتمتعون بما يحصل له من الخير وذلك لا يوجد فى المستأجر والأستاذ فتصح شهادتهم ، لكن فى التاترخانية عن الفتاوى الغيائية : ولا تجوز شهادة المستأجر للأجير .

وفى حاشية الفتال عن المحيط للسرخسى قال أبو حنيفة فى المجرد : لا ينبغى للقاضى أن يجيز شهادة الأجير لأستاذه ولا الأستاذ لأجيره اه وهو مخالف لما استنبطه من الحديث (قوله من يفعل الردىء) أى من أفعال النساء من التزين بزينتهن والتشبه بهن فى الفعل والقول . فالفعل مثل كونه محلا للواطة ، والقول مثل تليين كلامه باختياره تشبها بالنساء اه مغرب . وجعل بعضهم الواو فى قوله والقول بمعنى أو فأحدهما كاف لأن التشبيه بقولهن حرام للرجال . وجعل القهستانى المخنث خلقة بمنزلة امرأة واحدة فى الشهادة وهو غريب ط .
قال فى الهندية : أما إذا كان فى كلامه لين وفى أعضائه تكسر خلقة ولم يشتهر بشىء من الأفعال الرديئة فهو عدل مقبول الشهادة هكذا فى التبيين اه وإنما كانت معصية لو بقصده لحديث « لعن الله المخنثين من الرجال والمترجلات من النساء » (قوله ومغنية) ولو بشعر فى حكمة قهستانى ، لأنه صلى الله عليه وسلم نهى عن الصوتين الأحمقين المغنية والنائحة وصف الصوت بصفة صاحبه .

اعلم أن التغنى للهو أو لجمع المال حرام بلا خلاف والنوح كذلك خصوصا إذا كان من المرأة ، لأن رفع الصوت منها حرام بلا خلاف اه شلبى (قوله لحرمة رفع صوتها) ظاهره أنه يحرم رفع صوتها فى مكانها الخاص بها بحيث لا يسمعها الأجنبى .

قال فى النهاية : فلذا أطلق فى قوله مغنية ، وقيد فى غناء الرجال بقوله للناس وتمامه فى الفتح ، ويأتى إن شاء الله تعالى عند قوله ومن يغنى للناس ، لكن نظر فيه الطحطاوى واستظهر عليه بما فى الهندية عن شرح أبى المكارم ، فلا تسمع شهادة مغنية تسمع الناس صوتها وإن لم تتغن لهم اه . قال فى السعدية : وما ذكره أى صاحب الدرر من قوله ولو لنفسها الخ جار فى النوح بعينه ، فما باله لم يكن مسقطا للعدالة إذا ناحت فى مصيبة نفسها اه .

قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى : يمكن الفرق بأن المراد رفع صوت يخشى منه الفتنة اه (قوله وينبغى تقييده الخ) مثله كل من أتى بابا من أبواب الكبائر أفاده الكمال ، وإنما خص الظهور عند القاضى بالمداومة لأن الشهادة على ذلك جرح مجرد ، لكن فيه أنه تقبل الشهادة عليه سرا تأمل (قوله ونائحة فى مصيبة غيرها)

بأجر درر وفتح . زاد العينى : فلو فى مصيبتها تقبل .

فى المغرب : ناحت المرأة على الميت إذ ندبته ، وذلك أن تبكى عليه وتعدد محاسنه . والنياحة الاسم ، ومنها الحديث على ماقرأته فى الفائق « ثلاثة من أمر الجاهلية : الطعن فى الأنساب ، والنياحة ، والأنواء » فالطعن معروف ، والنياحة ، ما ذكر . والأنواء جمع نوء : هى منازل القمر والعرب كانت تعتقد أن الأمطار والخير كلها تجىء منها . وقيل النوح بكاء معه صوت اه رملى على المنح .

قال فى البحر : قولهم إن النائحة لا تسقط عدالتها إلا إذا ناحت فى مصيبة غيرها مع أن النياحة كبيرة للتوعد عليها لكن لا تظهر إلا فى مصيبة غيرها غالبا اه وهذا الذى ينبغى التعليل به ، وأما الذى يذكره الشارح عن الوانى فلا ينبغى تضييع المراد به ؛ إذ ظاهره أنه يباح لها حينئذ وهو خلاف المعلوم من الدين بالضرورة .

قال فى التتارخانية معزيا للمحيط : لاتقبل شهادة النائحة ، ولم يرد به التى تنوح فى مصيبتها وإنما أراد التى تنوح فى مصيبة غيرها واتخذت ذلك مكسبة اه ونقله فى الفتح عن الذخيرة . ثم قال : ولم يتعقب هذا من المشايخ أحد فيما علمت . لكن بعض متأخرى الشارحين نظر فيه بأنه معصية فلا فرق بين كونه للناس أولا : قال صلى الله تعالى عليه وسلم « لعن الله الصالقة والحالقة والشاقة » وقال « ليس منا من ضرب الخدود وشق الجيوب ودعا بدعوى الجاهلية » وهى فى صحيح البخارى . ولا شك أن النياحة ولو فى مصيبة نفسها معصية ، لكن الكلام فى أن القاضى لا يقبل شهادتها لذلك وذلك يحتاج فيه إلى الشهرة ليصل إلى القاضى ، فإنما قيد بكونها للناس لهذا المعنى وإلا فهو يرد عليه مثله فى قولهم : ولا مدمن الشرب على اللهو يريد شرب الأشربة المحرمة خمرا أو غيره . ولفظ محمد فى الأصل : ولا شهادة مدمن خمر ، ولا شهادة مدمن السكر يريد ولو من الأشربة المحرمة التى ليست خمر فقال هذا الشارح يشترط الإدمان فى الخمر وهذه الأشربة يعنى الأشربة المحرمة لسقوط العدالة مع أن شرب الخمر كبيرة بلا قيد الإدمان ولهذا لم يشترط الخصاف فى شرب الخمر الإدمان ، لكن نص عليه فى الأصل كما سمعت فما هو جوابه هو الجواب فى تقييد المشايخ بكون النياحة للناس ، ثم هو نقل كلام الشيخ فى توجيه اشتراط الإدمان أنه إنما شرط ليظهر عند الناس ، فإن من شربها سرا لا تسقط عدالته ولم يتنفس فيه بكلمة واحدة فكذا التى ناحت فى بيتها لمصيبتها لاتسقط عدالتها لعدم اشتهار ذلك عند الناس . وانظر إلى تعليل المصنف بعدم ذكر الإدمان بأنه ارتكب محرم دينه مع أن ذلك ثابت بلا إدمان ، فإنما أراد أنه إذا أدمن حينئذ يظهر أنه مرتكب محرم دينه فترد شهادته ، بخلاف التى استمرت تنوح للناس لظهوره حينئذ . فيكون كالذى يسكر ويخرج سكرانا وتلعب به الصبيان فى رد شهادته ، وصرح بأن الذى يتهم بشرب الخمر لاتسقط عدالته . ومنهم من فسر الإدمان بنيته ، وهو أن يشرب ومن نيته أن يشرب مرة أخرى ، وهذا هو معنى الإصرار ، وأنت تعلم أنه سيذكر رد من يأتى بابا من أبواب الكبائر التى يتعلق بها الحد وشرب الخمر منها من غير توقف على نية أن يشرب ، ولأن النية أمر مبطن لا يظهر للناس والمدارات(١) التى يتعلق بوجودها حكم القاضى لابد أن تكون ظاهرة لا خفية لأنها معرفة ، والخفى لايعرف والظهور بالإدمان الظاهر لا بالنية ، نعم بالإدمان الظاهر يعرف إصراره ، لكن بطلان العدالة لايتوقف فى الكبائر على الإصرار بل أن يأتيها ويعلم ذلك ، وإنما ذلك فى الصغائر ، وقد أندرج فيما ذكرنا شرح ذلك اه (قوله بأجر) أطلق فى مسكين وأشار إليه فى الكافى ، وكذا فى القهستانى كما يأتى النقل عنه قريبا (قوله زاد العينى فلو فى مصيبتها تقبل) اعلم أن هذا التفريع بعض من المفهوم السابق ، فالعجب من قوله زاد الخ . بل

(١) (قوله والمدارات) المدارات بفتح الميم والدال والراء المهملات أى مدار الأمر لعدم قبول الشهادة النيا وهى أمر خفى لأنه أه تكرره الخ اه منه.

وعلله الوانى بزيادة اضطرارها وانسلاب صبرها واختيارها فكان كالشرب للتداوى (وعدو بسبب الدنيا) جعله ابن الكمال (عكس الفرع لأصله

فى اقتصار العينى وتعليل الوانى إشارة إلى أنهما نقصا من العبارة السابقة اشتراط الأجر ، ولهذا قال القهستانى ولو بلا أجر ، وتقدم الكلام على ما فى ظاهر التعليل فافهم (قوله بزيادة اضطرارها) أى وفى النوح تخفيف هذه الضرورة ، وإنما قلنا ذلك ليظهر قوله فكان كالشرب للتداوى ط (قوله واختيارها) مقتضاه لو فعلته عن اختيارها لا تقبل سيدى الوالد رحمه الله تعالى (قوله فكان كالشرب) أى شرب محرم للتداوى فإنه يجوز عندالثانى للضرورة (قوله وعدو) أى على عدوه كما فى الملتقى (قوله بسبب الدنيا) لأن المعاداة لأجلها حرام، فمن ارتكبها لا يؤمن من التقول عليه . أما إذا كانت دينية فإنها لا تمنع لأنها تدل على كمال دينه وعدالته . وهذا لأن المعاداة قد تكون واجبة بأن رأى فيه منكرا شرعا ولم ينته بنهيه ، بدليل قبول شهادة المسلم على الكافر مع ما بينهما من العداوة الدينية والمقتول وليه على القاتل والمجروح على الجارح أو الزوج على امرأته بالزنا ذكره ابن وهبان .

وفى خزانة المفتين : والعدو من يفرح لحزنه ويحزن لفرحه ، وقيل يعرف بالعرف اه : ومثال العداوة الدنيوية أن يشهد المقذوف على القاذف والمقطوع عليه الطريق على القاطع وفى إدخال الزوج هنا نظر ، فقد صرحوا بقبول شهادته عليها بالزنا إلا إذا قذفها أولا ، وإنما المنع مطلقا قول الشافعى . وفى بعض الفتاوى : وتقبل شهادة الصديق لصديقه اه أى إلا إذا كانت متناهية بحيث يتصرف أحدهما بمال الآخر كما تقدم .

ثم اعلم أن المصرح به فى غالب كتب أصحابنا والمشهور على ألسنة فقهائنا ما ذكره المؤلف من التفصيل :

ونقل فى القنية أن العداوة بسبب الدنيا لا تمنع مالم يفسق بسببها أو يجلب منفعة أو يدفع بها عن نفسه مضرة وهو الصحيح وعليه الاعتماد . وما فى الواقعات وغيرها اختيار المتأخرين . وأما الرواية المنصوصة فبخلافها .

وفى كنز الرؤوس : شهادة العدو على عدوه لا تقبل لأنه متهم . وقال أبو حنيفة : تقبل إذا كان عدلا . قال أستاذنا : وهو الصحيح وعليه الاعتماد ، لأنه إذا كان عدلا تقبل شهادته ، وإن كان بينهما عداوة بسبب أمر الدنيا اه واختاره ابن وهبان ، ولم يتعقبه ابن الشحنة ، لكن الحديث شاهد لما عليه المتأخرون كما رواه أبوداود مرفوعا « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا زان ولا زانية ولاذى غمر على أخيه » والغمر الحقد . ويمكن حمله على ما إذا كان غير عدل بدليل أن الحقد فسق للنهى عنه .

وقد ذكر ابن وهبان رحمه الله تعالى تنبيهات حسنة لم أرها لغيره .

الأول : الذى يقتضيه كلام صاحب القنية والمبسوط أنا إذا قلنا إن العداوة قادحة فى الشهادة تكون قادحة فى حق جميع الناس لا فى حق العدو فقط ، وهو الذى يقتضيه الفقه فإن الفسق لا يتجزأ حتى يكون فاسقا فى حق شخص عدلا فى حق آخر اه .

قلت : ولهذا لم يقل المؤلف على عدوه بل أطلقه ، ويقاس على قولهم إن الفسق لا يتجزأ الناظر إذا كان عليه أنظار وقف عديدة وثبت فسقه بسبب خيانته فى واحد منها ، فهل يسرى فسقه فى كلها فيعزل : أجاب سيدى الوالد بالسريان وأنه يعزل منها جميعا ، وبه أفتى أبو السعود ، وكتب الرملى هنا : الظاهر من كلامهم أن عدم القبول إنما هو للتهمة لا للفسق ، ويؤيده ما يأتى عن ابن الكمال ، وما صرح به يعقوب باشا وكثير من علمائنا صرحوا بأن شهادة العدو على عدوه لا تقبل ، فالتقييد بكونها على عدوه ينفى ما عداه وهو المتبادر للأفهام فتأمله اه .

. . . .

أقول : أنت خبير بأن فعل الكبيرة والإصرار على الصغيرة قادح فى العدالة ، وقد شرط فى القنية لعدم القبول كونه فسق بتلك العداوة . وعلى هذا فعدم قبولها مطلقا ظاهر ، وينبغى تقييده بما إذا كانت عداوة ظاهرة كما يفيده ما يأتى عن الفتح فى شرح قوله أو يرتكب ما يوجب الحد . فتحرر أن الوجه عدم القبول مطلقا . والتعليل بالاتهام كما مر عن كنز الرؤوس : لاينافيه لأن الفاسق لايقبل للاتهام أيضا ، وما يأتى عن ابن الكمال يمكن حمله على ما إذا لم يفسق بها فليتأمل اه قاله سيدى الوالد رحمه الله تعالى .

الثانى : لو ادعى شخص عداوة آخر يكون مجرد دعواه اعترافا منه بفسق نفسه ، ولا يكون ذلك قادحا فى عدالة المدعى أنه عدو ما لم يثبت المدعى أنه عدو له .

الثالث : لو قضى القاضى بشهادة العدو على عدوه أو على غير عدوه هل يصح أولا ، قلنا إن المانع من قبول الشهادة هو الفسق فيكون حينئذ صحيحا نافذا لأن القاضى إذا قضى بشهادة الفاسق نفذ قضاؤه ويصح ، وإن قلنا إنه لمعنى آخر أقوى من الفسق لايصح فى حق العدو ويصح فى حق غيره . وذكر ابن الكمال فى إصلاح الإيضاح أن شهادة العدو لعدوه جائزة عكس شهادة الأصل لفرعه اه وهذا يدل على أنها لم تقبل للتهمة لا للفسق اه.

قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى : قوله لأن القاضى إذا قضى بشهادة الفاسق نفذ قضاؤه ويصح. قال الرملى: وصرح يعقوب باشا فى حاشيته بعدم نفاذ قضاء القاضى بشهادة العدو على عدوه وأقول وقياسه يقتضى أن العصبية كذلك فلا ينفذ قضاء القاضى بشهادته لأنه الذى يبغض الرجل لكونه من بنى فلان أو من قبيلة كذا كما سيأتى قريبا منقولا عن معين الحكام فتأمل اه

الرابع : قد يتوهم بعض المتفقهة والشهود أن كل من خاصم شخصا فى حق وادعى عليه حقا أنه يصير عدوه فيشهد بينهما بالعداوة وليس كذلك . بل العداوة إنما تثبت بنحو ما ذكرت ، نعم لو خاصم الشخص آخر فى حق لاتقبل شهادته عليه فى ذلك الحق . كالوكيل لاتقبل شهادته فيما هو وكيل فيه ونحو ذلك لأنه إذا تخاصم اثنان فى حق لا تقبل شهادة أحدهما على الآخر لما بينهما من المخاصمة اه .

قلت : ويدل له ما فى فتاوى قاضيخان من باب ما يبطل دعوى المدعى : رجل خاصم رجلا فى دار أو فى حق ثم إن هذا الرجل شهد عليه فى حق آخر جازت شهادته إذا كان عدلا اه .

واعلم أنه لو شهد على رجل آخر فخاصمه فى شىء قبل القضاء لا يمتنع القضاء بشهادته إلا إذا ادعى أنه دفع له كذا لئلا يشهد عليه وطلب الرد وأثبت دعواه ببينة أو إقرار أو نكول فحينئذ بطلت شهادته وهو جرح مقبول كما صرحوا به ، وسيأتى فى بيان الجرح .

الخامس : إذا قلنا لاتجوز شهادة العدو على عدوه إذا كانت دنيوية هل الحكم فى القاضى كذلك حتى لا يجوز قضاء القاضى على من بينه وبينه عداوة . لم أقف عليه فى كتب أصحابنا . وينبغى أن يكون الجواب فيه على التفصيل ، إن كان قضاؤه عليه بعلمه ينبغى أن لا ينفذ ، وإن كان بشهادة العدول وبمحضر من الناس فى مجلس الحكم بطلب خصم شرعى ينبغى أن ينفذ . وفرق الماوردى من الشافعية بينهما بأن أسباب الحكم ظاهرة وأسباب الشهادة خافية بحر ، وقدمنا أوائل الباب أن فى المسألة قولين معتمدين .

أحدهما عدم قبولها على العدو ، وهو اختيار المتأخرين وعليه صاحب الكنز والملتقى . ومقتضاه أن العلة العداوة لا الفسق وإلا لم تقبل على غير العدو أيضا .

فتقبل له لا عليه ، واعتمد فى الوهبانية والمحبية قبولها ما لم يفسق بسببها . قالوا : والحقد فسق للنهى عنه .

وفى الأشباه فى تتمة قاعدة : إذا اجتمع الحرام والحلال ولو العداوة للدنيا لا تقل سواء شهد على عدوه أو غيره لأنها فسق وهو لا يتجزأ .

وفى فتاوى المصنف : لا تقبل شهادة الجاهل

ثانيهما أنها تقبل إلا إذا فسق بها ، واختاره ابن وهبان وابن الشحنة فراجعه . وكذا تقدم فى أول القضاء الكلام على ذلك فارجع إليه .

وفى فتاوى الحانوتى : سئل فى شخص ادعى عليه وأقيمت عليه بينة فقال إنهم ضربونى خمسة أيام فحكم عليه الحاكم ثم أراد أن يقيم البينة على الخصومة بعد الحكم فهل تسمع . الجواب : قد وقع الخلاف فى قبول شهادة العدو على عدوه عداوة دنيوية وهذا قبل الحكم . وأما بعده فالذى يظهر عدم نقض الحكم . كما قالوا إن القاضى ليس له أن يقضى بشهادة الفاسق ولا يجوز له ، فإذا قضى لاينقض اه لكن يعارضه ما قدمناه آنفا عن الرملى : وصرح يعقوب باشا فى حاشيته بعدم نفاذ قضاء القاضى بشهادة العدو على عدوه .

وأقول : وقياسه يقتضى أن العصبية كذلك فلا ينفذ قضاء القاضى بشهادته لأنه الذى يبغض الرجل لكونه من بنى فلان أو من قبيلته كما فى معين الحكام اه .

أقول : وقدم الشارح عبارة اليعقوبية أول القضاء وأقرها سيدى الوالد ، وكذا الخير الرملى فى فتاواه فتنبه (قوله فتقبل له لا عليه) هذا يفيد قبولها لغير عدوه إذا لم يفسق به كما يأتى (قوله واعتمد فى الوهبانية والمحبية قبولها الخ) قد علمت ما تحصل مما سبق أن شهادة العدو على عدوه لا تقبل وإن كان عدلا وعدم نفاذ القضاء بها ، والمسألة دوارة فى الكتب فاحفظه (قوله ما لم يفسق بسببها) وهى الرواية المنصوصة والإطلاق اختيار المتأخرين . وفى القهستانى ما يفيد أن ما عليه المتأخرون هو الصحيح فى زمانهم وزماننا اه وينبغى أن يقال فيه ما قيل فى مدمن الخمر من الاشتهار ط (قوله قالوا والحقد فسق للنهى عنه) فسره فى الطريقة المحمدية بأن يلزم نفسه بغضه وإرادة الشر له . وحكمه . إن لم يكن بظلم أصابه منه بل بحق وعدل كالأمر بالمعروف والنهى عن المنكر فحرام ، وإن كان بظلم أصابه منه فليس بحرام . وإن لم يقدر على أخذ الحق فله تأخيره إلى يوم القيامة . قال الله تعالى — ولمن انتصر بعد ظلمه فأولئك ما عليهم من سبيل إنما السبيل على الذين يظلمون الناس ويبغون فى الأرض بغير الحق أولئك لهم عذاب أليم — وساق للنهى أحاديث دالة عليه : منها قوله صلى الله تعالى عليه وسلم « لا تظهر الشماتة لأخيك فيعافيه الله ويبتليك » ومنها قوله صلى الله تعالى عليه وسلم « لا يحل لمؤمن أن يهجر مؤمنا فوق ثلاث فإذا مرت به ثلاث فليلقه وليسلم عليه ، فإن رد عليه فقد اشتركا فى الأجر ، وإن لم يرد عليه فقد باء بالإثم » وهذا محمول على الهجر لأجل الدنيا ، وأما لأجل الآخرة والمعصية والتأديب فجائز بل مستحب من غير تقدير اه (قوله سواء شهد على عدوه أو غيره) أولهما قيل عليه مفاده أن عدو الشخص لا تقبل شهادته على الشخص ولا على غيره ولا معنى له ، إذ شهادة عدو زيد على عمرو مقبولة فلعل فى العبارة سقطا اه .

أقول : حيث كان عدم قبول شهادة العدو على عدوه مبنيا على أنه يفسق بالمعاداة والفسق مما لا يتجزأ فله معنى ، وليس فى العبارة سقط حينئذ لا فرق بين ذلك الشخص وغيره ، وإنما يفرق الحال لو كان عدم القبول مبنيا على التهمة فتأمل ذكره الحموى (قوله لا تقبل شهادة الجاهل) قال فى معين الحكام : ولا من لا يحكم

على العالم لفسقه بترك ما يجب تعلمه شرعا . فحينئذ لا تقبل شهادته على مثله ولا على غيره ؛ وللحاكم تعزيره على تركه ذلك . ثم قال : والعالم من يستخرج المعنى من التركيب كما يحق وينبغي (ومجازف في كلامه) أو يحلف فيه كثيرا أو اعتاد شتم أولاده أو غيرهم

فرائض الوضوء والصلاة . ومن سافر فاحتاج للتيمم فلم يحسنه ولا المنجم وإن اعتقد عدم تأثير النجوم وادعى أنها أدلة ويؤدب حتى يكف عن هذا الاعتقاد ولا يصدق لقوله تعالى - فلا يظهر على غيبه أحدا إلا من ارتضى من رسول - (قوله على العالم) ليس بقيد بدليل التفريع والتعليل ح (قوله لفسقه بترك ما يجب تعلمه شرعا) قدم في باب التعزير أن للقاضي أن يسأل عن سبب فسق الشاهد؛ فلو قال الطاعن هو ترك واجب سأل القاضي المشتوم عما يجب عليه بعلمه من الفرائض ؛ فإن لم يعرفها ثبت فسقه لما في المجتبى : من ترك الاشتغال بالفقه لا تقبل شهادته . والمراد ما يجب تعلمه منه اهـ (قوله والعالم الخ) أتى به دفعا لتوهم أن العالم المدرس (قوله من يستخرج المعنى) السين والتاء زائدتان . والمراد بإخراجه من التركيب فهمه منه . والظاهر أن المراد به من يعلم العلوم الشرعية وبعض آلاتها ط . قال في الأشباه : والأهلية للتدريس لا تخفى على من له بصيرة ، والذى يظهر أنها بمعرفة منطوق الكلام ومفهومه وبمعرفة المفاهيم . وأن تكون له سابقة الاشتغال على المشايخ بحيث صار يعرف الاصطلاحات ويقدر على أخذ المسائل من الكتب . وأن يكون له قدرة على أن يسأل ويجيب إذا سئل ويتوقف ذلك على سابقة اشتغال في النحو والصرف بحيث صار يعرف الفاعل من المفعول إلى غير ذلك وإذا قرأ لا يلحن . وإذا لحن قارئ بحضرته رد عليه اهـ .

أقول . لكن يؤيد أن المراد به من يعلم العلوم الشرعية ما قاله قاضيخان : أوصى لأهل العلم ببلخ يدخل أهل الفقه والحديث اهـ (قوله ومجازف في كلامه) هو المكثر منه الذى لا يتحرى الصدق ؛ فإن من كثر كلامه كثر سقطه . والمجازفة : هي التكلم بلا معيار شرعي .

روى أن الفضل بن الربيع وزير الخليفة شهد عند أبي يوسف فرد شهادته . فعاتبه الخليفة وقال لم رددت شهادته. قال لأني سمعته يوما يقول للخليفة أنا عبدك. فإن كان صادقا فلا شهادة للعبد ، وإن كان كاذبا فكذلك لأنه إذا لم يبال في مجلسك بالكذب فلا يبالى في مجلسى فعذره الخليفة اهـ زاد في فتح القدير بعده . والذى عندى أن رد أبي يوسف شهادته ليس للكذبة لأن قول الحر لغيره أنا عبدك إنما هو مجاز باعتبار معنى القيام بخدمتك وكونى تحت أمرك ممتثلا له على إهانة نفسى في ذلك ، والتكلم بالمجاز على اعتبار الجامع . فإن وجه التشبه ليس كذبا محظورا شرعا ، ولذا وقع المجاز في القرآن ، ولكن رده لما يدل عليه خصوص هذا المجاز من إذلال نفسه وطاعته لأجل الدنيا فربما يضر هذا الكلام إذا قيل للخليفة فعدل إلى الاعتذار بأمر يقرب من خاطره اهـ (قوله أو يحلف فيه) أى في كلامه كثيرا أى وإن كان في صدق فإن جرأته على ذلك تقتضى قلة مبالاته بأمور الدين . ولأنه ربما أداه ذلك إلى الكذب فيه . وقد عده في الطريقة المحمدية من جملة آفات اللسان وساق آيات وأحاديث . ثم قال : إن الحلف بالله تعالى صادقا جائزا بلا خلاف ، لكن إكثاره مكروه لقوله صلى الله عليه وسلم « الحلف حنث أو ندم » وتمامه فيها (قوله أو اعتاد شتم أولاده أو غيرهم) كمماليكه وأهله ، فإن كان ذلك يصدر منه أحيانا لا يؤثر في إسقاط العدالة ، لأن الإنسان قلما يخلو منه هندية .

قال في الفتح وقال نصير ابن يحيى : من يشتم أهله ومماليكه كثيرا في كل ساعة لا يقبل ، وإن كان أحيانا يقبل ، وكذا الشتام للحيوان كدابته اهـ .

لأنه معصية كبيرة كترك زكاة أو حج على رواية فوريته أو ترك جماعة أو جمعة

قال فى شرح أدب القاضى : إن من سب واحدا من المسلمين لا يكون عدلا كما فى الشرنبلالية : وحرر ابن وهبان مسألة الشتم حيث قال : والفقه فى ذلك أن الشتم لايخلو إما أن يكون بما فيه أو بما ليس فيه فى وجهه أو غيبته ، فإن كان فى غيبته فهو غيبة وإنها توجب الفسق ، وإن كان فى وجهه ففيه إساءة أدب وإنه من صنيع رعاع الناس وسوقتهم الذين لا مروءة لهم ولا حياء فيهم وإن ذلك مما يسقط العدالة ، وكذا إذا كان السب باللعنة والإبعاد كما يفعله من لاخلاق لهم من السوقة وغيرهم اه أى وإن كان بما ليس فيه كذب وحكمه ظاهر ، ومما يؤيد ذلك ما ورد فى الحديث « سباب المسلم فسوق وقتاله كفر » قال ابن الأثير فى النهاية : السب الشتم ، يقال سبه يسبه سبا وسبابا ، قيل هذا محمول على من سب أو قاتل مسلما بغير تأويل ، وقيل إنما قال ذلك على جهة التغليظ لا أنه يخرجه إلى الكفر والفسق وأقول : هذا خلاف الظاهر اه (قوله لأنه) أى الاعتياد (قوله كبيرة) أى إذا أصر عليه بالعود ولذا قيده بالاعتياد وإلا فهو صغيرة (قوله كترك زكاة) أى من غير عذر وبه أخذ الفقيه . قال الإمام فخر الدين والفتوى عليه . وذكر الخاصى عن قاضيخان أن الفتوى على سقوط العدالة بتأخيرها من غير عذر لحق الفقراء دون الحج خصوصا فى زماننا كذا فى شرح النظم الوهبانى منح فى الفروع آخر الباب ، والصحيح أن تأخير الزكاة لا يبطل العدالة كما فى الهندية (قوله أو حج) قال فى الهندية ، كل فرض له وقت معين كالصلاة والصوم إذا أخر من غير عذر سقطت عدالته . وما ليس له وقت معين كالزكاة والحج . روى هشام عن محمد رحمه الله تعالى أن تأخيره لايسقط للعدالة وبه أخذ محمد بن مقاتل . وقال بعضهم : إذا أخر الزكاة والحج من غير عذر ذهبت عدالته وبه أخذ الفقيه أبو الليث ، وبتأخير الحج لا تسقط خصوصا فى زماننا كما فى المضمرات (قوله على رواية فوريته) فى العام الأول عند الثانى وأصح الروايتين عن الإمام ومالك وأحمد : أى فيفسق وترد شهادته بتأخير سنين لأن تأخيره صغيرة ، وبارتكابه مرة لايفسق إلا بالإصرار بحر .

ووجهه أن الفورية ظنية لأن دليل الاحتياط ظنى ولذا أجمعوا أنه لو تراخى كان أداء وإن أثم بموته قبله كما نقله الشارح فى الحج (قوله أو ترك جماعة) قال فى الفتح : منها ترك الصلاة بالجماعة بعد كون الإمام لاطعن عليه فى دين ولا حال وإن كان متأولا فى تركها كأن يكون معتقدا أفضلية أول الوقت والإمام يؤخر الصلاة أو غير ذلك لاتسقط عدالته بالترك .

أقول : والجماعة سنة مؤكدة فى قوة الواجب ، وقيل واجبة ، وقيل فرض كفاية ، وقيل فرض عين . والقول بوجوبها هو قول عامة مشايخنا ، وبه جزم فى التحفة وغيرها . قال فى البحر : وهو الراجح عند أهل المذهب ، وهو أعدل الأقوال وأقواها ، ولذا قال فى الأجناس : لاتقبل شهادته إذا تركها استخفافا بأن لايستعظم أمرها كما يفعله العوام أو مجانة أو فسقا إما سهوا أو بتأويل ، ككون الإمام من أهل الأهواء أو فاسقا فكره الاقتداء به ولا يمكنه أن يصرفه أولا يراعى مذهب المقتدى فتقبل . والقائل بالفرضية لايشترطها للصحة فتصح صلاته منفردا ، وتسميتها سنة لوجوبها بالسنة ، وتمام الكلام فى شرحنا على [نور الإيضاح المسمى بمعراج النجاح] فراجعه فإن فيه فوائد خلت عنها أكثر الشروح (قوله أو جمعة) من غير عذر ، فمنهم من أسقطها بمرة واحدة كالحلوانى ، ومنهم من شرط ثلاث مرات كالسرخسى ، والأول أوجه فتح ، لكن قدمنا عنه أن الحكم بسقوط العدالة بارتكاب الكبيرة يحتاج إلى الظهور تأمل سيدى الوالد رحمه الله تعالى . قال فى تهذيب القلانسى قال :

أو أكل فوق شبع بلا عذر ، وخروج لفرجة قدوم أمير ، وركوب بحر ، ولبس حرير ، وبول فى فسوق أو إلى قبلة أو شمس أو قمر ،

فى ترك الجماعة مجانا شهرا . وفى الذخيرة : هذا إن لم يستخف بالدين وإن استحق فهو كافر اه (قوله أو أكل فوق شبع) عند الأكثرين . والظاهر أن المراد بالشبع مالا يضره ، وبما زاد عليه مايضره لأنه هو الذى يحرم ط (قوله بلا عذر) راجع إلى الثلاثة قبله . ومثال العذر فى الأكل مؤانسة الضيف وقصد التقوّى على صوم الغد كما فى الشرنبلالية والفتح ، ومن العذر ماإذا أكل أكثر من حاجته ليتقاياه . قال الحسن : لابأس به . قال : رأيت أنس بن مالك رضى الله تعالى عنه يأكل ألوانا من الطعام ويكثر ثم يتقايأ وينفعه ذلك خانية .

أقول : وهل مثله ماإذا كان مضيفا ولا يرضى صاحب الطعام إلا بذلك بحر . والذى فى حفظى أنه عذر أيضا فليراجع أما مسألة الضيف فالظاهر إذلم يكن بينهما مباسطة تامة ، أما إذا كان فلا يكون عذرا وليحرر أيضا (قوله وخروج لفرجة قدوم أمير) فى الهندية : إذا قدم الأمير بلدة فخرج الناس وجلسوا فى الطريق ينظرون إليه . قال خلف : بطلت عدالتهم إلا أن يذهبوا للاعتبار فحينئذ لاتبطل عدالتهم ، والفتوى على أنهم إذا خرجوا لاالتعظيم من يستحق التعظيم ولا للاعتبار تبطل عدالتهم كذا فى الظهيرية وقاضيخان ، وعلله فى الفتاوى الصغرى بشغله الطريق فصار مرتكبا للحرام لأنه حق العامة ولم يعمل للجلوس اه وهذا التعليل يفيد أنه إذا تجرد عن شغل الطريق لايكون قادحا مطلقا ، ولا ينافيه ماتقدم إذا تأملته ، لكن كلام قاضيخان يفيد خلافه ، قال ابن وهبان : وينبغى أن يكون ذلك على مااعتاده أهل البلد ، فإن كان من عادة أهل البلد أنهم يفعلون ذلك ولا ينكرون ولا يستخفون فينبغى أن لايقدح . وذكر ابن الشحنة بعده : فقول المصنف وينبغى الخ ليس كما ينبغى اه ومثله فى البحر . قال الخير الرملى : أقول فتحرر من مجموع ماذكر أنه إن كان الأمير غير صالح قدح فى العدالة مطلقا . وإن كان صالحا ولم يشغل الطريق لايقدح ، وإن شغله قدح ، وأنت على علم بأن الحكم يدور مع العلة والعلة فى القدح إرتكاب ماهو محظور وتعظيم الفاسق كذلك ، فعلى ذلك يدور الحكم تأمل اه .

أقول : هذا بمعزل عما قدمناه فيما إذا خرج للاعتبار ولم يجلس فى الطريق وكان الأمير صالحا أو فاسقا ولم يقصد تعظيمه فحينئذ لايقدح كما علمت فافهم (قوله وركوب بحر) أى بحر الهند ، وهو البحر الأحمر المعروف الآن ببحر السويس بأنه إذا ركب البحر إلى الهند فقد خاطر بنفسه ودينه ، ومنها سكنى دار الحرب وتكثير سوادهم وعددهم وتشبهه بهم لينال بذلك مالا ويرجع إلى أهله غنيا ، فإذا كان لايبالى بما ذكر لايأمن أن يأخذ من عرض الدنيا فيشهد بالزور . وقال ظهير الدين : لايمنع .

قال العلامة عبد البر : والذى يظهر أن المانع ليس الركوب له مطلقا بل مع مااقترن به ، وهذا حين كان الهند كله كفرا كما يرشد إليه التعليل . كيف والنص القطعى أباح ركوب البحر مطلقا إلا عندظن الهلاك، ومازال السلف يركبون البحار من غير إنكار ، ونص القرآن العظيم أعظم دليل على الجواز اه بتصرف . وفى القهستانى وقيل يشهد راكب البحر للتجارة وغيرها وهو الصواب اه ط .

أقول : لاسيما فى زماننا الآن فإنه لامخاطرة بالنفس ، ولا محل لظن الهلاك فى السفن المخترعة الآن وهى المعروفة ببابور النار فإن سيرها بالعجل لابالريح ، فإن سيرها بالعجل يدور ببخار الماء المغلى بالنار فلا يخشى من تلف إلا نادرا من غفلة الملاحين (قوله ولبس حرير) إلى قوله أو قمر محمل ذلك فيما يظهر على من شهر بذلك ط . أما لبس الحرير فلحرمته إلا مااستثنى . وأما البول فى السوق فلإخلاله بالمروءة . وأما استقبال الشمس والقمر

وطفيلي ومسخرة ، ورقاص وشتام للدابة ، وفى بلادنا يشتمون بائع الدابة فتح وغيره .
وفى شرح الوهبانية : لا تقبل شهادة البخيل ، لأنه لبخله يستقصى فيما يتقرض من الناس فيأخذ زيادة على حقه فلايكون عدلا ، ولا شهادة الأشراف من أهل العراق لتعصبهم ، ونقل المصنف عن جواهر الفتاوى : ولا من انتقل من مذهب أبى حنيفة إلى مذهب الشافعى رضى الله تعالى عنه .

فى البول .فالكراهة ذلك لأنهما آيتان عظيمتان من آيات الله الباهرة ،وقيل لأجل الملائكة الذين معهما ، والمراد بالاستقبال استقبال عينهما ، فلو كان فى مكان مستور ولم تكن عينهما بمرأى منه بأن كان ساتر يمنع عن العين ولو سحابا فلاكراهة ، كما إذا لم يكونا فى كبد السماء كما حررته فى [معراج النجاح على نور الإيضاح] .

أقول : ومثل لبس الحرير استعمال مايحرم شرعا كفضة وذهب ، وقوله ، أو إلى قبلة ظاهره ولو فى بناء مع أن الأئمة يقولون بعدم الكراهة فيه ، فالظاهر أن يقيد هو وما بعده فى الصحراء (قوله وطفيلى) يتتبع الدعوات من غير أن يدعى وصار عادة له وإن أثم بمرة أى بلا خلاف كما فى البحر (قوله ومسخرة) لرفضه المروءة إن اعتاد ذلك واشتهر ، ولإرتكاب المحظورات غالبا بلا خلاف كما فى الهندية (قوله ورقاص) ومنه الكوشت والحربية والمعروف بالسماع كل ذلك حرام ، فمن اعتاده واشتهر عنه يقدح فى عدالته دون مايقع ممن غلب عليهم الحال ويفعلون ذلك بدون اختيار ، نفعنا الله تعالى بهم كما أوضح ذلك سيدى الوالد فى رسالة [شفاء العليل وبل الغليل فى حكم الوصية بالختومات والتهاليل] (قوله وشتام للدابة) محمول على الاعتياد أفاده فى الهندية (قوله وفى بلادنا يشتمون بائع الدابة) فيجرى فيه التفصيل فى الاعتياد وعدمه ، وكثيرا مايلعنون الدابة وبائعها فلا يجوز لعن الدابة وغيرها من الجماد ، وقد ورد التصريح بالنهى عن اللعن (قوله لاتقبل شهادة البخيل) ذكره فى الهندية عن المحيط (قوله يستقصى) بالصاد المهملة : أى يبالغ (قوله فيما يتقرض) وفى نسخة يقبض ، وهو كذلك فى الخلاصة . والذى فى شرح الوهبانية لعبد البر والشرنبلالى يقرض بالياء المثناة تحت والقاف اهـ ح (قوله ولا شهادة الأشراف من أهل العراق لتعصبهم) لأنهم قوم يتعصبون فإذا ناب قوم أحد منهم نائبة أتى سيد قومه فيشفع فلا يؤمن أن يشهد له بزور اهـ وعلى هذا كل متعصب لاتقبل شهادته بحر .

قال الرملى : قال الغزى قلت : وفى الخلاصة من كتاب القضاء : فإن عدله اثنان وجرحه اثنان فالجرح أولى إلا إذا كان بينهم تعصب فإنه لا يقبل جرحهم لأن أصل الشهادة لا تقبل عند العصبية فالجرح أولى اهـ . وفى [معين الحكام] فى موانع قبول الشهادة قال : ومن العصبية أن يبغض الرجل الرجل لأنه من بنى فلان أو من قبيلة كذا اهـ .

أقول : من التعصب أن يبغضه لأنه من حزب فلان أو من أصحابه أو من أقاربه أو منسوبيه اهـ . قال عبد الحليم فى حاشية الدرر : ولا يذهب عليك أن أكثر طائفة القضاة بل الموالى فى عصرنا بينهم تعصب ظاهر لأجل المناصب والرتب ، فينبغى أن لا تقبل شهادة بعضهم على بعض ما لم يتبين عدالته كما لايخفى اهـ (قوله ولا من انتقل من مذهب أبى حنيفة الخ) أى استخفافا لأنه لا يكون أهلا للشهادة فلا يعتمد عليه منح ، وتقدم فى باب التعزير أن من ارتحل إلى مذهب بدون حاجة شرعية يعزر فكان ذلك معصية موجبة لرد شهادته ، ولأنه ليس للعامى أن يتحول من مذهب إلى مذهب ويستوى فيه الحنفى والشافعى ، وقيل لمن انتقل إلى مذهب الشافعى ليزوج له أخاف أن يموت مسلوب الإيمان لإهانته بالدين بجيفة قذرة قنية من كتاب الكراهية .
وفى آخر هذا الباب من المنح : وإن انتقل إليه لقلة مبالاة فى الاعتقاد والجرأة على الانتقال من مذهب

قال : وكذا بائع الأكفان والحنوط لتمنيه الموت ، وكذا الدلال والوكيل لو بإثبات النكاح . أما لو شهد أنها امرأته تقبل ، والحيلة أنه يشهد بالنكاح ولا يذكر الوكالة بزازية وتسهيل ، واعتمده قدرى أفندى فى واقعاته ، وذكره المصنف فى إجارة معينه معزيا للبزازية .

إلى مذهب كما يتقوله ويميل طبعه إليه لغرض يحصل له فإنه لا تقبل شهادته اه فعلم بمجموع ما ذكرناه أن ذلك غير خاص بانتقال الحنفى ، وأنه إذا لم يكن لغرض صحيح ، فافهم ولا تكن من المتعصبين فتحرم بركة الأئمة المجتهدين نفعنا الله تعالى بهم أجمعين فى الدنيا والآخرة آمين ، وتقدم هذا البحث مستوفى فى فصل التعزير فارجع إليه (قوله وكذا بائع الأكفان والحنوط) أى إذا ابتكر وترصد لذلك ، أما إذا كان يبيع الثياب ويشترى منه الأكفان تجوز شهادته جامع الفتاوى وبحر . وفى الهندية : إذا كان الرجل يبيع الثياب المصورة أو ينسجها لا تقبل شهادته اه أى صورة ذى روح (قوله لتمنيه الموت) وإن لم يتمنه بأن كان عدلا تقبل كذا قيده شمس الأئمة . قال الرحمتى : وينبغى أن يكون مثله بائع الطعام لتمنيه الغلاء والشدة على الناس اه .

أقول : وهذا أيضا إن لم يتمنه بأن كان عدلا تقبل (قوله وكذا الدلال) أى فيما عقده لعدم صحة الشهادة على فعل نفسه أو مطلقا لكثرة كذبه .

فى التنقيح لسيدى الوالد : سئل فى شهادة الدلال العدل الذى لا يحلف ولا يكذب هل تقبل ؟ الجواب نعم إذا كان كذلك تقبل . قال فى البحر ، وكذا لا تقبل شهادة النخاس : وهو الدلال إلا إذا كان عدلا لم يكذب ولم يحلف اه وقدمنا عن الفتح أن أهل الصناعات الدنيئة الأصح أنها تقبل كالزبال والحجام لأنها تولاها قوم صالحون ، فما لم يعلم القادح لا يبنى على ظاهر الصناعة ، وكذا الدلالون والنخاسون ، ويحتمل أن المراد الدلال إذا شهد على البيع ، فإنه قال فى الهندية : الوكيلان بالبيع والدلالان إذا شهدا وقالا نحن بعنا هذا الشىء من فلان لا تقبل شهادتهما اه (قوله والوكيل) أى بالنكاح (قوله لو بإثبات النكاح) أى لا تقبل بإثبات النكاح لأنها شهادة على فعله ، وقوله لو بإثبات النكاح للتمثيل لا للتقييد ، ومثله سائر العقود التى باشرها لا يصح شهادته بها إذا صرح بأنه باشرها وكالة أما إذا شهد أنه ملكه أو فى إجارته تقبل . وفى بعض نسخ الشرح زيادة واو قبل لو : أى ولو بإثبات النكاح ترقيا إذ هو هنا سفير وهى الأولى (قوله أما لو شهد أنها امرأته تقبل) لأنه شهد بقيام النكاح لا بعقده (قوله والحيلة الخ) مقتضاه أن من لا تقبل شهادته لعلة يجوز له أن يخفيها ويشهد كما إذا كان عبدا للمشهود له أو ابنه أو نحو ذلك ، فليتأمل سيدى الوالد رحمه الله تعالى .

أقول : وسيأتى قريبا عن البحر عن الملتقط أن لشارب الخمر أن يشهد إذا لم يطلع عليه وأنه لا يحل له أن يهتك ستره بذكر فسقه وإبطال حق المدعى (قوله بالنكاح) أى بإثباته ، ولا يذكر الوكالة : أى أنه كان وكيلا فيه (قوله بزازية) عبارتها : وشهادة الوكيلين أو الدلالين إذا قالا نحن بعنا هذا الشىء أو الوكيلان بالنكاح أو بالخلع ، إذا قالا نحن فعلنا هذا النكاح أو الخلع لا تقبل : أما لو شهد الوكيلان بالبيع أو النكاح أنها منكوحته أو ملكه تقبل .

وذكر أبو القاسم : أنكر الورثة النكاح فشهد رجل قد تولى العقد والنكاح يذكر النكاح ولا يذكر أنه تولاه انتهت (قوله وملخصه) أى ملخص ما ذكره المصنف فى كتاب الإجارة من كتابه المسمى بالمعين (قوله الدلالين والصكاكين) إذا كان غالب حالهم الفساد لكثرة الكذب منهم غالبا ، أما إذا غلب عليهم

وملخصه أنه لاتقبل شهادة الدلالين والصكاكين والمحضرين والوكلاء المفتعلة على أبوابهم ونحوه فى فتاوى مؤيدزاده.

وفيها : وصى أخرج من الوصاية بعد قبولها لم تجز شهادته للميت أبدا ، وكذا الوكيل بعد ما أخرج من الوكالة إن خاصم اتفاقا، وإلا فكذلك عند أبى يوسف (ومدمن الشرب) لغير الخمر لأن بقطرة منها يرتكب الكبيرة فترد شهادته ،

الصلاح فالصحيح أنها تقبل كما فى الهندية ، وقدمناه آنفا (قوله والمحضرين والوكلاء المفتعلة على أبوابهم) أى القضاة ، وهو متعلق بالثانى وحذف من الأول نظيره . قال ح : الوكلاء المفتعلة الذين يجتمعون على أبواب القضاة يتوكلون للناس فى الخصومة اه .

قال فخر الدين : لما سئل عن شهادة أعوان الحاكم والوكلاء على أبواب القضاة . قال : لاتسمع شهادتهم لأنهم ساعون فى إبطال حق المستحقين فهو فسق فلا تسمع (قوله وفيها) مكرر مع ما يأتى متنا (قوله أخرج من الوصاية) نص على المتوهم لأنه إذا لم يخرج فشهادته للميت بدين أو غيره باطلة سواء كانت الورثة كبارا أو صغارا ، ولو شهد على الميت بدين قبلت على كل حال هندية (قوله بعد قبولها) أما إذا لم يقبل بعد موت الموصى ولم يرد فشهد فالقاضى يقول له أتقبل الوصاية ، فإن قبل أبطلها ، وإن رد أمضاها ، وإن لم يخبر بشىء توقف القاضى ملتقط (قوله للميت) ولا لليتيم هندية (قوله أبدا) أى وإن لم يخاصم هندية (قوله وكذا الوكيل) أى شهادة الوكيل للموكل (قوله فكذلك) أى لا تقبل عند أبى يوسف وتقبل عند الإمام ومحمد كذا فى الذخيرة ، وإنما اقتصر المؤلف على قول الثانى لما قيل إن الفتوى والقضاء على قوله فى الوقف والقضاء ط (قوله ومدمن الشرب) قال فى النهاية معزيا إلى الذخيرة : أراد به الإدمان فى النية : يعنى يشرب ومن نيته أن يشرب بعد ذلك إذا وجده . قال الرملى فى حاشية المنح : بخلاف ما إذا أقلع عنه فإنه فاسق تاب فتقبل شهادته اه ، فإذا تم هذا فلا فرق بين الخمر وغيره ، لأنه وإن كان بقطرة منها ارتكب الكبيرة وترد شهادته لكن بالتوبة يزول فسقه ويعود عدلا وتقبل شهادته ، لكن لا تتم بالتوبة بمجرد نية عدم الشرب ، بل لابد من الندم والإقلاع فى الحال والعزم على أن لا يعود . وإذا علمت معنى الإدمان وأن غير المدمن تائب بأنه قد أقلع عنه ونوى أن لايعود إليه سقط هذا الكلام كله ، لأن التائب تقبل شهادته سواء تاب عن الصغيرة أو الكبيرة .

أقول : لكن قدمنا عن الفتح عند الكلام على النائحة أن تفسير الإدمان بالنية أمر خفى لا يصلح أن يكون مدارا لعدم قبول الشهادة فتأمل (قوله لأن بقطرة منها) فيه حذف اسم أن (قوله يرتكب الكبيرة) لأنه يحرم قليلها وكثيرها ، والقليل يطلق على القطرة بالإجماع خلافا للمعتزلة فإنهم يقولون بإباحة القليل .

قال فى الهداية : وهذا كفر لأنه جحود للكتاب فإنه سماه رجسا . والرجس : ما هو محرم العين ، وقد جاءت السنة متواترة أن النبى عليه الصلاة والسلام حرم الخمر وعليه انعقد إجماع الأمة ، ولأن قليله يدعو إلى كثيره وهذا من خواص الخمر ، ولأنه لو أقر بشرب قطرة واحدة يلزمه الحد كما قرر فى محله (قوله فترد شهادته) أى من غير إدمان ، هذا مخالف لما فى الكافى حيث قال : وإنما شرط الإدمان ليكون ذلك ظاهرا منه ، فإن من شرب الخمر سرا ولا يظهر منه ذلك لايخرج من أن يكون عدلا وإن شربها كثيرا وإنما تسقط عدالته إذا كان ذلك يظهر منه أو يخرج سكران فتلعب به الصبيان فإنه لا مروءة لمثله ولا يحترز عن الكذب عادة ، وكذا من يجلس مجلس الفجور والمجانة فى الشرب لا تقبل شهادته وإن لم يشرب .

وما ذكره ابن الكمال غلط كما حرره فى البحر . قال : وفى غير الخمر يشترط الإدمان لأن شربه صغيرة ، وإنما قال (على اللهو) ليخرج الشرب للتداوى فلا يسقط العدالة

وفى فتاوى قاضيخان : لاتقبل شهادة مدمن الخمر ولا مدمن السكر لأنه كبيرة . وفى الذخيرة : لا تقبل شهادة مدمن الخمر زيلعى وعينى . وفى النهاية : الإدمان شرط فى الخمر أيضا فى حق سقوط العدالة اه فهذه نقول صريحة فى عدم الفرق فى اشتراط الإدمان بين الخمر وغيره ، فما ذكره الشرح تبعا لصاحب البحر لا يعوّل عليه أبو السعود ، وقد تقدم أنه يشترط الاشتهار فى كل من أتى بابا من أبواب الكبائر ط بزيادة .

أقول : وكذلك صحح شرط الإدمان فى شرب الخمر لسقوط العدالة البرجندى وصاحب التتمة وعليه كلام الدرر حيث عمم الشرب شرب الخمر والعرق والوزج ونحوها كما فى عبد الحليم (قوله وما ذكره ابن الكمال) من أن شرب الخمر ليس بكبيرة فلا يسقط العدالة إلا بالإصرار عليه (قواه كما حرره فى البحر) قال فيه : وذكر ابن الكمال : أن شرب الخمر ليس بكبيرة فلا تسقط العدالة إلا بالإدمان عليه .

قال فى الفتاوى الصغرى : ولا تسقط عدالة شارب الخمر بنفس الشرب لأن هذا الحد لم يثبت بنص قاطع إلا إذا داوم على ذلك اه وهو غلط من ابن الكمال لما قدمناه عن المشايخ من التصريح بأن شربها كبيرة ولمخالفتها للحديث المشهور فى الكبائر أنها سبع وذكر منها شرب الخمر اه بل إنما شرط الإدمان عليها للاشتهار لا لأنها صغيرة لأن الشهادة لا تردّ إلا بالإدمان وظهوره بالاشتهار . وأما مجرد الشرب مع قطع النظر عن سقوط الشهادة فقد علمت أنه كبيرة ولو بقطرة ، فلو تغفل .

قال السائحانى أقول : نسبة الغلط إلى هذا الهمام فى الفرق بين شرط الإدمان للخمر وغيره من الأشربة غير مسلمة لما صرح قاضيخان فى فتاواه . وعبارته : ولا تقبل شهادة مدمن الخمر ولا مدمن السكر لأنها كبيرة وإنما شرط الإدمان ليظهر ذلك عند الناس فإن من اتهم بشرب الخمر فى بيته لا تبطل عدالته وإن كانت كبيرة وإنما تبطل إذا ظهر ذلك أو يخرج سكران يسخر منه الصبيان ، لأن مثله لايحترز عن الكذب وذكر الخصاف رحمه الله تعالى أن شرب الخمر يبطل العدالة . وقال محمد رحمه الله تعالى : ما لم يظهر ذلك يكون مستور الحال اه. وفى المقدسى : ومحمد شرط الإدمان وهو الصحيح ، نعم إذا حمل الغلط على قول ابن الكمال إن شرب الخمر ليس بكبيرة يظهر لما قدمناه قريبا من أن شرب قطرة منه كبيرة . وفى البدائع : شرب الخمر أحيانا للتقوى لا للتلهى يكون عدلا ، وعامة المشايخ لا يكون عدلا لأن شرب الخمر كبيرة محضة اه (قواه قال وفى غير الخمر) قد علمت أنها يشترط فيها أيضا (قوله يشترط الإدمان) قدمنا أنه اختلف فى الإدمان هل هو فى الفعل أو النية على قولين محكيين فيه . وفى الإصرار . قال ابن كمال : إن الإدمان بالعزم أمر خفى لا يصلح أن يكون مدار العدم قبول الشهادة ، ومحصله أن ابن الكمال يميل إلى ترجيح اشتراط الإدمان بالفعل لا بالنية فراجعه (قوله على اللهو) أى لأجل اللهو أى وهو معروف ، وأصله ترويح النفس بما لا تقتضيه الحكمة بحر عن المصباح ، والمراد به أن لا يكون للتداوى فيدخل فى اللهو الشرب للاعتياد .

قال فى البحر : فأطلق اللهو على المشروب ، وظاهره أنه لا بد من الإدمان فى حق الخمر أيضا .

قال فى المنح : هو خلاف الظاهر من العبارة لأن الظاهر منها أن معنى مدمن الشرب أى مداوم شرب الخمر على اللهو . وقال الزيلعى : أى مداوم شرب الخمر لأجل اللهو لأن شربها كبيرة . وقال منلا خسرو : ومدمن الشرب : أى شرب الأشربة المحرمة ، فإن إدمان شرب غيرها لايسقط الشهادة ما لم يكن على اللهو اه

لشبهة الاختلاف صدر الشريعة وابن كمال (ومن يلعب بالصبيان) لعدم مروءته وكذبه غالبا كافى (والطيور) إلا إذا أمسكها للاستئناس فيباح إلا أن يجرّ حمام غيره

فأفاد كلامه أن الشرب على اللهو إنما هو شرط فى غير الأشربة المحرمة ، أما فيها فلا يشترط وهذا يوافق كلام صاحب البحر . والظاهر أن هذا هو الذى أحوجه إلى ما ذكره من حمل اللهو فى كلام الكنز على المشروب وهو مخالف لكلام الزيلعى ، فإنه جعله شرطا فى الخمر أيضا ، وربما يناسبه كلام الشارح هنا ، والظاهر خلافه لأن شرب الخمر كبيرة تردّ الشهادة بها سواء شربت على اللهو أم لا ، وظاهر كلامهم أنه لابد من الإدمان فى حق الخمر أيضا . وأما إدمان شرب غير المحرم لا يسقط الشهادة ما لم يكن على اللهو فجعل اللهو قيدا للشرب وحمله على شرب غير المحرمة هو الذى يظهر لى من كلامهم والله تعالى الموفق (قوله لشبهة الاختلاف) قال فى البحر : فى قوله على اللهو إشارة إلى أنه لو شربها للتداوى لم تسقط عدالته لأن للاجتهاد فيه مساغا اه . قال ط : والأصح الحرمة ، نعم لو شرب لغصة شىء فى حلقه ونحوه مما ينفسه لا محالة كان مباحا قهستانى .

وفى العتابية لاتسقط عدالة أصحاب المروءات بالشرب مالم يشتهر . وفى الظهيرية : من سكر من النبيذ بطلت عدالته فى قول الخصاف لأن السكر حرام عند الكل . وقال محمد : لاتبطل عدالته إلا إذا اعتاد ذلك اه . قال فى البحر : وهو عجيب من محمد لأنه قال بحرمة قليله ولم يسقطها بكثيره ، وظاهره أنه يقول بأن السكر منه صغيرة فشرط الاعتياد اه . قال سيدى الوالد : قوله وهو عجيب من محمد الخ فيه نظر ظاهر يعلم مما قدمه عن الصدر الشهيد من أن الإدمان على شرب الخمر شرط لسقوط العدالة عند محمد مع أنه ممن يقول بأن مجرد شرب الخمر ولو بدون إدمان وإسكار ، ولهذا قال المقدسى : وإنما فعل ذلك محمد يعنى حيث اشترط الاعتياد على السكر من النبيذ للاحتياط فمنع القليل يعنى من المسكر ولم يسقط العدالة إلا إذا اعتاد ولم يكتف بالكثرة اه .

فإن قلت : لم اشترط الإدمان فى الشرب دون غيره مما يوجب الحد . قلت : ذكر البرجندى أن الوقوع فى الشرب أكثر من الوقوع فى غيره ، فلو جعل مجرد الشرب مسقطا للعدالة أدى إلى الحرج اه . قال فى البحر ولشارب الخمر أن يشهد إذا لم يطلع عليه ، لما فى الملتقط : وإذا كان فى الظاهر عدلا وفى السر فاسقا فأراد القاضى أن يقضى بشهادته لايحل له أن يذكر فسقه لأنه هتك الستر وإبطال حق المدعى اه ولا فرق فى السكر المسقط لها بين المسلم والذمى لما قدمناه أنه إذا سكر الذمى لاتقبل شهادته (قوله ومن يلعب بالصبيان) فى الهندية حكى عن أبى الحسن أن شيخا لو صارع الأحداث فى المجامع لم تقبل شهادته اه . قال ط : والمراد الأحداث المشتهون لاالأطفال الصغار لتسليتهم عن البكاء أو لحبهم ، ويدل عليه التعليل بعدم المروءة . ويحتمل أن المراد بهم مايعم ماذكر ويحمل على الكثرة وحرره اه .

أقول : قد ثبت عنه صلى الله عليه وسلم ملاعبته للحسن ولأمامة ، ولو كان فيه أدنى مايخلّ لما فعله ، وبه يتعين أن المراد الأحداث المشتهون تأمل (قوله والطيور) أى من يلعب بها جمع طير وهو جمع طائر . واللعب بالكسر : فعل قصد به مقصد صحيح قاله الراغب قهستانى ، وإنما ردت شهادته لأنه يورث غفلة ، وهو محمول على ما إذا كان يقف على عورات النساء لصعوده سطحه ليطير طيره اه بحر (قوله للاستئناس) أو لحمل الكتب كما فى بلاد مصر والشام أى سابقا وفى بلاد فارس الآن (قوله إلا أن يجر حمام غيره) أى المملوك فتفرخ فى وكرها فيأكل ويبيع بحر وإن لم يصعد السطوح . قال فى الهندية : ولا شهادة من يلعب بالحمام يطيرهن ، فأما إذا كان

فلا لأكله للحرام عيني وعناية (والطنبور) وكل لهو شنيع بين الناس كالطنابير والمزامير وإن لم يكن شنيعا نحو الحداء.

يمسك الحمام يستأنس بها ولا يطيرها عادة فهو عدل مقبول الشهادة كذا فى المبسوط، وهكذا فى الكافى وفتاوى قاضيخان إلا إذا كانت تجر حمامات أخر مملوكة لغيره فتفرخ فى وكرها فيأكل ويبيع منه اهـ (قوله لأكله للحرام) قال فى الهندية: لاتقبل شهادة آكل الربا المشهور بذلك المقيم عليه كذا فى المبسوط. ولا تقبل شهادة من اشتغل بأكل الحرام جوهرة ط (قوله والطنبور) بالضم. قهستانى، وفسره فى الهداية بالمغنى (قوله وكل لهو شنيع) من عطف العام على الخاص. قال فى البحر: وأراد المؤلف بالطنبور كل لهو كان شنيعا بين الناس احترازا عما لم يكن شنيعا كضرب القضيب كما ذكره الشرح عن البحر.

قال فى المحيط: الرجل يلعب بشىء من الملاهى وذلك لم يشغله عن الصلاة ولا عما يلزمه من الفرائض ينظر إن كانت مستشنعة بين الناس كالمزامير والطنابير لم تجز شهادته، وإن لم يكن شنيعا لايمنع قبولها إلا أن يتفاحش بأن يرقصوا به فيدخل فى حد المعاصى والكبائر فتسقط به العدالة اهـ وقد ذكر الشيخ هنا حديثا مرفوعا «ماأنا من دد ولا الددمنى» والدد: اللعب واللهو: أى ماأنا من شىء من اللهو.

وفى الولوالجية إن لعب بالصولجان يريد به الفروسية جازت شهادته لأنه غير محظور بحر ملخصا قال فى الخانية وإن لعب بشىء من الملاهى ولم يشغله ذلك عن الفرائض لاتبطل عدالته، وملاعبته الأهل والفرس لاتبطل العدالة مالم يشغله عن الفرائض، فإن لم يشغله لكنه شنيع بين الناس كالمزامير والطنابير فكذلك، وإن لم يكن شنيعا كالحداء وضرب القضيب فلا إلا إذا فحش بأن يرقصوا عند ذلك اهـ (قوله نحو الحداء) أى للإبل قال الشاعر الماهر:

أو ما ترى الإبل التى ... هى ويلك أغلظ منك طبعا
تصغى إلى صوت الحدا ... ة وتقطع البيداء قطعا

ولم يذكر الشعر.

وفى الهندية: الشاعر إذا كان يهجو لاتقبل شهادته، وإن كان يمدح وكان أغلب مدحه الصدق قبلت. والذى يعلم شعر العرب، إن كان تعلم لأجل العربية لاتبطل عدالته وإن كان فيه فحش اهـ.

قال سيدى الوالد بعد كلام: إن المكروه منه ماداوم عليه وجعله صناعة له حتى غلب عليه وأشغله عن ذكر الله تعالى وعن العلوم الشرعية، وبه فسر الحديث المتفق عليه، وهو قوله صلى الله عليه وسلم «لأن يمتلئ جوف أحدكم قيحا خير من أن يمتلئ شعرا» فاليسير من ذلك لابأس به إذا قصد به إظهار النكات واللطافات والتشابيه اللطيفة والمعانى الرائقة وإن كان فى وصف الخدود والقدود، فإن علماء البديع قد استشهدوا من ذلك بأشعار المولدين وغيرهم لهذا القصد.

وقد ذكر المحقق ابن الهمام فى فتح القدير: ومن المباح أن يكون فيه صفة امرأة مرسلة، بخلاف ما إذا كانت بعينها حية. وعمم بعضهم المنع إلا أنا عرفنا من هذا أن التغنى المحرم هو ما كان فى اللفظ بما لايحل كصفة الذكور والمرأة المعينة الحية ووصف الخمر المهيج إليها والحانات والهجاء لمسلم أو ذمى إذا أراد المتكلم هجاءه لا إذا أراد إنشاء الشعر للاستشهاد به أو لتعلم فصاحته وبلاغته، ويدل على أن وصف المرأة كذلك غير مانع ماسلف فى كتاب الحج من إنشاد أبى هريرة رضى الله تعالى عنه وهو محرم:

. . . .

قامت تريك رهبة أن تهضما ساقا بخنداة(١) وكعبا أدرما

وإنشاد ابن عباس شعرا « إن تصدق الطير ننك ليسا » لأن المرأة فيهما ليست معينة . فلولا أن إنشاد مافيه وصف امرأة كذلك جائز لم تقله الصحابة رضى الله عنهم .

ومما يقطع به فى هذا قول كعب بن زهير بحضرة النبى صلى الله عليه وسلم :

وما سعاد غداة البين إذ رحلوا إلا أغن غضيض الطرف مكحول

تجلو عوارض ذى ظلم إذا ابتسمت كأنه منهل بالراح معلول

وكثير فى شعر حسان من هذا كقوله وقد سمعه النبى صلى الله عليه وسلم ولم ينكره فى قصيدته التى أولها :

تبلت فؤادك فى المنام خريدة تسقى الضجيع ببارد بسام

فأما الزهريات المجردة عن غير ذلك المتضمنة وصف الرياحين والأزهار والمياه المطردة كقول ابن المعتز :

سقاها بغابات خليج كأنه إذا صافحته راحة الريح مبرد

يعنى سقى تلك الرياض ، وقوله :

وترى الرياح إذا سبحن غديره صقيلة تنفين كل قذاة

ماإن يزال عليه ظبى كارعا كتطلع الحسناء فى المرآة

فلا وجه لمنعه على هذا نعم إذا قيل ذلك على الملاهى امتنع وإن كان مواعظ وحكما للآلات نفسها لا لذلك التغنى ، والله أعلم .

وفى الذخيرة عن النوازل : قراءة شعر الأدب إذا كان فيه ذكر الفسق والخمر والغلام يكره . والاعتماد فى الغلام على ماذكرنا فى المرأة : أى من أنها إن كانت معينة حية يكره ، وإن كانت ميتة فلا اه وتقدم الكلام على ذلك فى صدر الكتاب قبل رسم المفتى ، وكذا يأتى فى الحظر والإباحة .

ونقل قبيل الوتر والنوافل عن الضياء المعنوى : العشرون من آفات اللسان الشعر . سئل عنه صلى الله عليه وسلم ؟ فقال « كلام حسنه حسن وقبيحه قبيح » ومعناه أن الشعر كالنثر يحمد حين يحمد ويذم حين يذم ولا بأس باستماع نشيد الأعراب وهو إنشاد الشعر من غير لحن ويحرم هجو مسلم ولو بما فيه فما كان منه فى الوعظ والحكم وذكر نعم الله تعالى وصفة المتقين فهو حسن ، وما كان من ذكر الأطلال والأزمان والأمم فمباح . وما كان من هجو وسخف فحرام ، وما كان من وصف الخدود والقدود والشعور فمكروه كذا فصله أبو الليث السمرقندى . ومن كثر إنشاده وإنشاؤه حين تنزل به مهماته ويجعله مكسبة له تنقص مروءته وترد شهادته اه .

قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى فى الحظر والإباحة : وأما وصف الخدود والأصداغ وحسن القد والقامة وسائر أوصاف النساء والمرد . قال بعضهم : فيه نظر . وقال فى المعارف : لايليق بأهل الديانات ، وينبغى أن لايجوز إنشاده عند من غلب عليه الهوى والشهوة لأنه يهيجه على إجالة فكره فيمن لايحل ، وما كان سببا لمحظور فهو محظور اه لكن قدمنا أن إنشاده للاستشهاد لايضر ، ومثله فمايظهر إنشاده أوعمله لتشبيهات بليغة واستعارات

---

(١) (قوله بخنداة) الخنداة كملنداة المرأة التامة القصب كالخندى وقوله أدرى ما درم الساق كفرح إستوى ، والكعب أو العظم واراه اللحم حتى لم يبن له حجم اه قاموس اه مصححه .

وضرب القصب فلا إلا إذا فحش بأن يرقصوا به خانية لدخوله فى حد الكبائر بحر (ومن يغنى للناس) لأنه يجمعهم على كبيرة هداية وغيرها .

بديعة (قوله وضرب القصب) الذى فى البحر وغيره القضيب، والظاهر أن المراد بهما واحد وهو الزمر فى الغاب لأنه هو الذى يرقصون حوله، ويدل له مافى البحر عن المعراج حيث قال : الملاهى نوعان: محرم وهو الآلات المطربة من غير غناء كالمزمار سواء كان من عود أو قصب كالشبابة أو غيره كالعود والطنبور، لما روى أبو أمامة أنه عليه الصلاة والسلام قال « إن الله تعالى بعثنى رحمة للعالمين ، وأمرنى بمحق المعازف والمزامير » ولأنه مطرب مصد عن ذكر الله . والنوع الثانى مباح ، وهو الدف فى النكاح، وفى معناه ماكان من حادث سرور ، ويكره فى غيره لما روى عن عمر رضى الله تعالى عنه أنه لما سمع صوت الدف(١) بعث فنظر فإن كان فى وليمة سكت وإن كان فى غيره عمده بالدرة وهو مكروه للرجال على كل حال للتشبه بالنساء اه ونقله فى فتح القدير ولم يتعقبه قال فى السراجية : هذا إذا لم يكن للدف جلاجل ولم يضرب على هيئة التطرب اه . قال سيدى الوالد رحمه تعالى وينبغى أن يكون طبل المسحر فى رمضان لإيقاظ النائمين للسحور كبوق الحمام يجوز تأمل . والشبابة ، سميت به لما فيها من الشباب بالكسر : وهو النشاط ورفع اليدين (قوله إلا إذا فحش بأن يرقصوا به خانية) وعبارتها وإن لعب بشىء من الملاهى ولم يشغله عن الفرائض لاتبطل عدالته، وملاعبته الأهل والفرس لاتبطل العدالة مالم يشغله ذلك عن الفرائض . فإن لم يشغله لكنه شنيع بين الناس كالمزامير والطنابير فكذلك ،وإن لم يكن شنيعا كالحداء وضرب القضيب فلا إلا إذا فحش، بأن يرقصوا عند ذلك مقدسى (قوله ومن يغنى للناس) رد الشهادة لإعلان الفسق لا للفسق قهستانى . وفى ضياء الحلوم : الغناء على وزن فعال صوت المغنى . والغنى : كثرة المال، فالأول ممدود والثانى مقصور اه ط (قوله لأنه يجمعهم على كبيرة) قال فى البحر : وظاهره أن الغناء كبيرة وإن لم يكن للناس بل لإسماع نفسه دفعا للوحشة وهو قول شيخ الإسلام خواهر زاده ، فإنه قال بعموم المنع ، والإمام السرخسى إنما منع ماكان على سبيل اللهو . ومنهم من جوزه للناس فى عرس أو وليمة . ومنهم من جوزه لإسماع نفسه دفعا للوحشة . ومنهم من جوزه ليستفيد به نظم القوافى وفصاحة اللسان اه وتمامه فيه وقدمنا بعضه .

أقول : ويمكن حمل كونه كبيرة على ما قاله السرخسى ، بأن يكون كبيرة بسبب الاجتماع عليه ، ويؤيده كلام النسفى فى الكافى ، وهو المتبادر من لفظ يغنى للناس وعلى ذلك حمله فى العناية ، ويؤيده ما يأتى عن ابن الكمال والعينى ، من أنه لو كان لنفسه ليزيل الوحشة عنها لا تسقط عدالته فى الصحيح ، فهذا التصحيح موافق لهذا المتن كغيره من المتون فكان عليه المعول فلا تغفل .

قال العينى فى شرحه على البخارى : أما الغناء فلا خلاف فى تحريمه لأنه من اللهو واللعب المذموم بالاتفاق أما ما يسلم من المحرمات فيجوز القليل منه فى الأعراس والأعياد وشبههما .

وسئل أبو يوسف عن الدف أتكرهه فى غير العرس لمثل المرأة فى منزلها والصبى ؟ قال : لا أكرهه . وأما الذى يجىء منه اللعب الفاحش والغناء فإنى أكرهه ، إلى أن قال : أى العينى وقال المهلب: الذى أنكره أبو بكر رضى الله عنه كثرة التنغيم وإخراج الإنشاد عن وجهه إلى معنى التطريب بالألحان، ألا ترى أنه لم ينكر الإنشاد وإنما أنكر مشابهته الزمر بما كان فى الغناء الذى فيه اختلاف النغمات وطلب الإطراب فهو الذى يخشى

---

(١) (قوله لما سمع صوت الدف الخ) لعل الظاهر كان إذا سمع .

وكلام سعدى أفندى يفيد تقييده بالأجرة فتأمل .

وأما المغنى لنفسه لدفع وحشته فلا بأس به عند العامة عناية وصححه العينى وغيره .

قال : ولو فيه وعظ وحكمة فجائز اتفاقا . ومنهم من أجازه فى العرس كما جاز ضرب الدف فيه . ومنهم من أباحه مطلقا . ومنهم من كرهه مطلقا اه . وفى البحر : والمذهب حرمته مطلقا .. فانقطع الاختلاف . بل ظاهر الهداية أنه كبيرة ولو لنفسه وأقره المصنف .

منه ، وقطع الذريعة فيه أحسن وما كان دون ذلك من الإنشاد ورفع الصوت حتى لا يخفى معنى البيت وما أراده الشاعر بشعره فغير منهى عنه . وقد روى عن عمر رضى الله تعالى عنه أنه رخص فى غناء الأعراب وهو صوت كالحداء يسمى النصب إلا أنه رقيق اه ملخصا (قوله وكلام سعدى أفندى يفيد تقييده بالأجرة) وقيده القهستانى بأن يكون من الشعر مع التصفيق بالكف كما قيده فى البناية باللهو وعبارة الزيادات تفيد التقييد بالشهرة ، بأن يكون للناس فافهم وتأمل (قوله فتأمل) والوجه أن اسم مغنية ومغن إنما هو فى العرف لمن كان الغناء حرفته التى يكتسب بها المال وهو حرام ، ونصوا على أن المغنى للهو أو لجمع المال حرام بلا خلاف ، وحينئذ فكأنه قال : لا تقبل شهادة من اتخذ التغنى صناعة يأكل بها ، وتمامه فى الفتح وسيأتى قريبا (قوله وأما المغنى لنفسه لدفع وحشته) من غير أن يسمع غيره فلا بأس به ولا تسقط عدالته فى الصحيح كذا فى التبيين . وهو خلاف قول شيخ الإسلام كما علمت مما تقدم . وسئل ابن شجاع عن الذى يترنم فى نفسه قال : لا يقدح فى عدالته . وفى البحر عن الفتح : التغني المحرم هو ما كان فى اللفظ ما لا يحل كصفة الذكر والمرأة المعينة الحية ووصف الخمر المهيج إليها ، إلى أن قال : وأما القراءة بالألحان فأباحها قوم وحظرها قوم ، والمختار إن كانت الألحان لا تخرج الحروف عن نظمها وقدوراتها فمباح وإلا فغير مباح كذا ذكر . وقدمنا فى باب الأذان ما يفيد أن التلحين لا يكون إلا مع تغيير مقتضيات الحروف فلا معنى لهذا التفصيل اه (قوله فى العرس) والوليمة والأعياد . ومنهم من جوزه ليستفيد نظم القوافى إلى آخر ما قدمنا قريبا (قوله والمذهب حرمته مطلقا) هكذا حرر صاحب البحر مستدلا لما فى الزيادات : إذا أوصى بما هو معصية عندنا وعند أهل الكتاب وذكر منها الوصية للمغنين والمغنيات .

أقول ، هذا على إطلاقه لأن كلا منا فى أنه متى يكون معصية على أن من أباحه مطلقا عمدة فى المذهب وله دارية فى كلام الزيادات ، على أن تصحيح العينى وإطباق المتون هو المذهب كما لا يخفى .

قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى : إن أراد أنه حرام مطلقا فهو مخالف لما حمله عليه فى البناية والعناية ، فإنهما استدلا بعبارة الزيادات على أنه معصية لقصد اللهو فلم يجرياه على عمومه ، فهو موافق لما قاله الإمام السرخسى : فكان محتملا لكل من القولين نعم ظاهره الإطلاق . وقد يقال لفظة المغنين ظاهرة فى أن المراد من اتخذه حرفة وعادة . ثم رأيت فى الفتح قال : إن اسم مغنية ومغن إنما هو فى العرف لمن كان الغناء حرفته التى يكتسب بها المال ، ألا ترى أنه إذا قيل ما حرفة فلان أو ما صناعته ، يقال مغن كما يقال خياط وحداد إلى آخر كلامه .

وفى إيضاح الإصلاح : إنما قال يغنى للناس : اى يسمعهم ، لأنه لو كان لإسماع نفسه حتى يزيل الوحشة عن نفسه من غير أن يسمع غيره لا بأس به ، ولا يسقط عدالته فى الصحيح اه وهكذ قال فى شرح العينى ، وإن أنشد شعرا فيه وعظ وحكمة فهو جائز بالاتفاق الخ ، ونحوه ما مر عن الفتح من قوله المحرم هو ما كان الخ فتدبر اه .

قال : ولا تقبل شهادة من يسمع الغناء لأنه جعل الغناء الذى جمع الناس عليه كبيرة اهـ. أو يجلس مجلس الغناء

أقول : وأنت خبير بأن ما ذكره من النصوص لا يؤيد الإطلاق. وعبارة الزيادات تفيد التقييد بالشهرة ، وإنما يكون بها إذا كان للناس . وقد تبع الشارح المصنف فى ذكر الإطلاق فى منحه ، والصحيح التفصيل كما علمت عن الهندية .

[تتمة] قال القتال فى حاشيته : أقول : إنما سمى الغناء غناء لأن النفس تستغنى به عن غيره من الملاذ البدنية فى حال سماعه .

وقال بعض الحكماء : فضل الغناء كفضل النطق على الخرس ، والدينار المنقوش على القطعة من الذهب. وفى كلام بعضهم : الغناء يحرك الهوى الساكن ويسكن ألم الهوى المتحرك. وفى كلام بعضهم : الصوت الشجى يوصل إلى نعيم الدنيا والآخرة لأنه يؤنس الوحيد ، ويريح التعبان ، ويسلى الكئيب ، ويحض على الشجاعة واصطناع المعروف . وقال أفلاطون : هذا العلم : أى علم الغناء لم يضعه الحكماء للهو واللعب ، ولكن للمنافع الذاتية ولذة الروح الروحانية وبسط النفس وترطيب اليبوسات وتعديل السوداء وترويق الدم اهـ .

وأقول : فعلى هذا ينبغى جوازه لأجل التداوى به إذا لم يوجد شىء يقوم مقامه ، كما قالوا فى التداوى بالمحرم فتأمل اهـ .

قال فى الخيرية : فى جواب سؤال بعد كلام فى سماع السادة الصوفية نفعنا الله تعالى بهم : ولو قيل هل يجوز السماع لهم فيقال : إن كان السماع سماع قرآن وموعظة فيجوز ويستحب إن لم تخرج الحروف عن نظمها وقدرها ، وإن كان سماع غناء فهو حرام .

ومن أباحه من المشايخ الصوفية فبشروط ، أن يخلو عن اللهو ، ويتحلى بالتقوى ، ويحتاج إليه احتياج المريض إلى الدواء . وله شرائط .

أحدها أن لا يكون فيهم أمرد . والثانى أن لا يكون جميعهم إلا من جنسهم ، ليس فيهم فاسق ولا أهل الدنيا ولا امرأة . والثالث أن تكون نية القوال الإخلاص لا أخذ الأجر والطعام . والرابع أن لا يجتمعوا لأجل طعام أو فتوح . والخامس أن لا يقوموا إلا مغلوبين . والسادس لا يظهرون وجدا إلا صادقين .

وفى التاترخانية عن الذخيرة : ومنهم من قال لا بأس به فى الأعياد . روى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان جالسا فى بيته يوم العيد وفى الدهليز جاريتان يتغنيان بالدف فجاء أبو بكر رضى الله عنه وقال لهما أتغنيان فى بيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : دعهما فإن هذا اليوم يوم عيد » .

ثم ذكر عن المحيط تفصيلا آخر فى التغنى حاصله أنه يفترق الحكم بين التغنى لإزالة الوحشة فيحل أو للهو المجرد فلا . ومنهم من فصل بمشاهدة التسبيح فى الآلة عيانا فيحل وإلا يحرم ، وشبهوه بسوق الدابة إن احتيج إليه حل وإلا حرم .

وقد صنف الفقهاء فى ذلك مصنفات كثيرة وكذلك أهل التصوف. وأجمع عبارة فيه ما قاله الشيخ عبدالرحمن أفندى العمادى وقد سئل عن السماع باليراع وغيره من الآلات المطربة هل ذلك حلال أم حرام ؟ فأجاب : قد حرمه من لا يعترض عليه لصدق مقاله ، وأباحه من لم ينكر عليه لقوة حاله ، فمن وجد فى قلبه شيئا من نور المعرفة فليتقدم وإلا فرجوعه إلى ما نهاه عنه الشرع أسلم وأحكم ، والله أعلم ، وتمام الكلام على السماع وعلى جواز ضرب النوبة للتنبيه لتذكر النفختين يأتى فى الحظر والإباحة فى كلام الشارح وسيدى الوالد رحمه الله تعالى فراجعهما (قوله أو يجلس مجلس الغناء) أى وإن اشتغل عنه بذكر ونحوه أو يتبع صوت المغنية ولأن

زاد العينى : أو مجلس الفجور والشرب وإن لم يسكر ، لأن اختلاطه بهم وتركه الأمر بالمعروف يسقط عدالته (أو يرتكب ما يحد به) للفسق ومراده من يرتكب كبيرة قاله المصنف وغيره (أو يدخل الحمام بغير إزار) لأنه حرام (أو يلعب بنرد) أو طاب مطلقا قامر أولا ، أما الشطرنج

يسمع الغناء بحر عن الملتقط ، وقوله ولا من يسمع الغناء : أى وإن لم يجلس مجلسه ليغاير ماقبله ؛ وينبغى أن يقيد بالشهرة كما سبق فى نظائره ط (قوله أو مجلس الفجور) كمجالس المجالة والأنكات فإنها محرمة ، بل تؤدى إلى الكفر كما قد شوهد مرارا وليس عند قائلها شيء من الدين كما يفيده بعض الآثار (قوله لأن اختلاطه الخ) لأن حضور مجلس الفسق فسق كما فى البدائع (قوله وتركه الأمر بالمعروف) أى عند توفر شروطه من نحو أمنه على نفسه من ضرر ورجاء قبوله ونحو ذلك كما بين فى تبيين المحارم فراجعه (قوله ومراده من يرتكب كبيرة) بشرط إعلانها قهستانى عن النظم ، وكذا نقله فى الشرنبلالية عن الفتح ، فيحمل قولهم من يأتى بابا من الكبائر على الإتيان به شهرة ، ولذا قال بعضهم أو يرتكب ما يحدّ به ما شأنه أن يحدّ به ، ولا يكون ذلك إلا بإشهار واطلاع الشهود عليه ، وليس المراد ارتكاب ما يحد به بالفعل اه من شرح الملتقى . وبه علم أن قيد الشهرة يأتى فى كل ما ذكر .

قال الزيلعى : الأوجه فى تعريف الكبيرة والصغيرة ما ذكره المتكلمون أن الكبيرة والصغيرة اسمان إضافيان لا يعرفان بذاتهما بل بالإضافة ، فكل ذنب إذا نسبه إلى ما دونه فهو كبيرة ، وإذا نسبه إلى ما فوقه فهو صغيرة اه . وقيل أصح ما نقل فيه عن الحلوانى : ماكان شنيعا بين المسلمين وفيه هتك حرمة الله تعالى والدين فهو كبيرة اه ط ، وقد تقدم أيضا فى أوائل الباب فراجعه (قوله أو يدخل الحمام بغير إزار) لأن إبداء العورة فسق وقيده فى الذخيرة بما إذا لم يعلم رجوعه عنه اه در منتقى (قوله أو يلعب بنرد) هو الطاولة أى إذا علم منه ذلك فتح ، وخصه بالذكر لأن اللعب فيه فسق بالنص وهو قوله عليه الصلاة والسلام « ملعون من يلعب بالنرد » ومثله غيره من الملاهى . والنرد وضعه أزدشير بن بابك ولهذا يقال النردشير ، وهو أوّل ملوك الفرس الأخيرة . وضع النرد وضربها مثلا للقضاء والقدر ، وأن الإنسان ليس له تصرف فى نفسه ، لا يملك لها نفعا ولا يدفع عنها ضررا ولا يقدر أن يجلب لها موتا ولا حياة ولا سعدا ولا شقاء ، بل هو مصرّف على حكم القضاء والقدر معرّض طورا للنفع وطورا للضرر ، وجعلها أيضا تمثيلا للحظ الذى يناله العاجز بما يجرى لديه من الملك والحرمان الذى يبتلى به الحازم بما دار به عليه الفلك . وضعها على مثال الدنيا وأهلها . فرتب الرقعة اثنى عشر بيتا بعدد شهور السنة والبروج ، وجعل القطع ثلاثين قطعة بعدد أيام كل شهر والدرج التى هى لكل برج ثلاثين درجة إلى آخر ما ذكر الشيخ إبراهيم الكتبى فى كتابه [غرر الخصائص الواضحة] قال فى الفتح بعد كلام . ولذا نقول إذا علم القاضى أن الشاهد يلعب بالنرد ردت شهادته سواء قامر به أو لم يقامر لما فى حديث أبى داود: « من لعب بالنردشير فقد عصى الله ورسوله » اه (قوله أو طاب) أى طاب دك : هو نوع من اللعب يرمى بأربع قصب . قال فى الفتح : ولعب الطاب فى بلادنا مثله لأنه يطرح ويرمى بلا حساب وإعمال فكر . وكل ما كان كذلك مما أحدثه الشيطان وعمله أهل الغفلة فهو حرام سواء قومر به أولا اه .

قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى : ومثله اللعب بالصينية والخاتم فى بلادنا وإن تورع ولم يلعب ولكن حضر فى مجلس اللعب بدليل : من جلس مجلس الغناء ، وبه يظهر جهل بعض أهل الورع البارد (قوله أما الشطرنج) بكسر أوّله ولا يفتح والسين فيه لغة قاموس ، وجعل الحموى الكسر فيه مختارا .

والحاصل أن فيه أربع لغات كسر الشين وفتحها مع الإعجام والإهمال وكذا حكاها ابن مالك، لكن الإعجام هو الأشهر كما فى شجرة وسجرة بالسين المهملة والشين المعجمة. ويجمع على شطارج وأصله بالعجمة شش رنك . ومعناه ستة ألوان . لأن شش ستة ورنك ألوان ، وهى : أعنى الستة : الشاه والفرزان والفيل والفرس والرخ والبيدق .

وإذا علم هذا فأول من وضعه فيما ذكره ابن خلكان وصاحب الغرر صصه بمهملة مكسورة ثم مشددة ابن داهر الهندى . وضعه لبلهيت. ويقال له شهرام بكسر الشين المعجمة مضاهات لأزدشير أول ملوك الفرس الأخيرة حيث وضع النرد مضاهات للدنيا وأهلها ، وافتخرت الفرس به ، فقضت حكماء ذلك العصر بترجيحه على النرد . بكونه ضربها مثلا على أن لا قادر ، وأن الإنسان قادر بسعيه واجتهاده يبلغ المراتب العلية والخطط السنية . وإن هو أهملها صارت به من الخمول إلى الحضيض . وأخرجته من روض العيش الأريض . ومما جعله دليلا على ذلك أن البيدق ينال بحركته وسعيه منزلة الفرزان فى الرياسة . وجعلها مصورة تماثيل على صورة الناطق والصامت . وجعلها درجات ومراتب . وجعل الشاه المدبر الرئيس والفرس والفيل مركوبين له والفرزان وزيره والبيادق رعاياه . فكما أن الواحد من الرعية إذا أعطى الاجتهاد حقه فى تهذيب نفسه(١) وتهذيبها كان ذلك عونا على أن ينال رتبة الفرزان . فكذلك الفرزان إذا علت همته وتمكنت قدرته طمحت نفسه إلى نيل رتبة الشاه وقتاله . وكذلك ما يليها من القطع ، وقيل وضعها بعض الحكماء ليبين لهم فيها ما خفى عنهم من مكايد الحروب . وكيفية ظفر الغالب وخذلان المغلوب . وبين فيها التدبير والحزم والاحتياط والمكيدة والاحتراس والتعبية والنجدة والقوة والجلد والشجاعة والبأس ، فمن عدم شيئا من ذلك علم موضع تقصيره ومن أين أتى بسوء تدبيره . لأن خطأها لا يستقال ، والعجز فيها متلف المهج والأموال .

واعلم أن ترك الحزم ذهاب الملك . وضعف الرأى جالب للعطب والهلك . والتقصير سبب الهزيمة والتلاف وعدم المعرفة بالتعبية داع إلى الانكشاف وتمامه ثمة (قوله فلشبهة الاختلاف) علة مقدمة على معلولها : أى اختلاف مالك والشافعى فى قولهما بإباحته . وهو رواية عن أبى يوسف . واختاره ابن الشحنة إذا كان لإحضار الذهن . واختار أبوزيد الحكيم حله كما فى البحر معزيا للمحيط البرهانى عن شمس الأئمة السرخسى . وأقره ط وغيره . فكان مقدما على رد السائحانى له بقوله هذه الرواية ذكرها فى المجتبى ولم تشتهر فى الكتب المشهورة ، بل المشهور الرد على الإباحة . وابن الشحنة لم يكن من أهل الاختيار اه .

أقول : يكفينا نقل صاحب البحر لها وإقراره لها وكذلك غيره كما علمت وكفى بهم قدوة ، فإن ابن الشحنة أدرى وأعلم من السائحانى رحمهم الله تعالى . لا سيما وقد صححها أيضا المصنف فى شرحه على الجامع الصغير ، ونقل اختيار ابن الشحنة فى منحه وأقره . قال فى شرح الكنز : يجوز اللعب به لإحضار الذهن إذا لم يخل بالواجب .

قال ابن الشحنة : قلت ولا يخفى أن ما ذكر من المعانى أولا من الإخلال بالواجب ثانيا يخل بكل ما اقترن به لأنها أمور منهية . فتنبه لذلك وقال بعد نقله الرواية عن وسيط المحيط : وهذا مما ابتلى به جمع من الحنفية . ففى هذا الفرع رخصة عظيمة لهم . فألحقته بقولى ولا بأس بالشطرنج . وهو رواية عن الحبر

(١) (قوله فى تهذيب نفسه الخ) هكذا بأصله ، ولعل أحدهما تأديب فليحرر اه مصححه

شرط واحد من ست فلذا قال (أو يقامر بشطرنج أو يترك به الصلاة) حتى يفوت وقتها (أو يحلف عليه) كثيرا (أو يلعب به على الطريق ، أو يذكر عليه فسقا) أشباه أو يداوم عليه ذكره سعدى أفندى معزيا للكافى والمعراج (أو يأكل الربا) قيدوه بالشهرة ،

قاضى الشرق والغرب تؤثر ، وهو الإمام أبو يوسف لأن ولايته شملت المشارق والمغارب لأنه كان قاضى الخليفة الرشيد اه .

قال القهستانى معزيا للجواهر : إن مجرد اللعب بالشطرنج قادح ، وقيل هذا إذا اتخذه صنعة فقد ورد « روّحوا القلوب ساعة فساعة » اه . وللعلامة السخاوى تلميذ العلامة ابن حجر كتاب ألفه فى الشطرنج وسماه [عمدة المحتج فى حكم الشطرنج] وذكر فيه الأحاديث فى المنع عنه وطعن فيها ، ثم ذكر قسمين : قسما فيمن كرهه وذمه من الصحابة والأئمة ، وسرد رواياتهم فى ذلك وضعف بعضها . وقسما فى الصحابة المنسوب إليهم أنهم لعبوه أو أقروا عليه ، وأورد ما قيل فى ذلك وطعن فيه ثم عقد بابا ذكر فيه ما جاء عن المجتهدين وعن التابعين وتابعى التابعين فى ذلك من التحريم والإباحة واللعب به والنهى عنه . ثم جعل خاتمة ذكر فيها اختلاف العلماء فيه على مذاهب إلى آخر ما قال فيه فراجعه .

قال بعض المحققين : إنما حرم النرد ولم يحرم الشطرنج لأن المخطئ فى الشطرنج إنما يجعل خطأه على فكره والمخطئ فى النرد يحيله على القدر وهذا كفر ، وما يفضى إلى الكفر حرام كما فى ينابيع المصابيح فى باب التصوير (قوله شرط) أى لسقوط العدالة به (قوله أو يقامر) القمار الميسر . وفى القاموس : قامره مقامرة وقمارا فقمره كنصره راهنه فغلبه وهو التقامر اه . وذكر النووى أنه مأخوذ من القمر ، لأن ماله تارة يزداد إذا غلب وينتقص إذا غاب كالقمر يزداد وينقص اه (قوله حتى يفوت وقتها) أى فليس المراد بالترك عدم الفعل أصلا (قوله أو يحلف عليه كثيرا) قيده الزيلعى كالإتقانى بالكذب ، وهو يفيد أن كثرة الحلف بدون الكذب أو الكذب فيه بدون كثرة لا ترد به شهادته لأنه إنما يشتهر به إذا كثر منه أبو السعود بتصرف ط (قوله أو يلعب به على الطريق) المراد به أن يكون بمرأى من الناس إذ هو لازمه . قال فى الفتح : وأما ما ذكر من أن من يلعبه على الطريق ترد شهادته فلإتيانه الأمور المحتقرة (قوله أو يذكر عليه فسقا) أى ما يكون به فاسقا كالشتم والقذف والغناء ط (قوله أو يداوم عليه) لأن المداومة عليه دليل التلهى به ، ويلزمه غالبا الإخلال ببعض المطلوب ، وهذا هو سادس الشروط الستة الذى شرط وجود واحد منها لحرمته ولسقوط العدالة .

قال فى البحر : والحاصل أن العدالة إنما تسقط بالشطرنج إذا وجد واحد من خمس القمار وفوت الصلاة بسببه وإكثار الحلف عليه واللعب به على الطريق كما فى فتح القدير ، أو يذكر عليه فسقا كما فى السراج اه أو يداوم عليه كما ذكره الشارح (قوله أو يأكل الربا) أى يأخذ القدر الزائد على ما يستحق لأنه من الكبائر فالمراد بالأكل الأخذ وإنما ذكره تبعا للآية الكريمة - الذين يأكلون الربا - وإنما ذكر فى الآية لأنه أعظم منافع المال ولأن الربا شائع فى المطعومات ، والمراد بالربا القدر الزائد لا الزيادة وهى المرادة فى قوله تعالى - وحرم الربا - كما بيناه فى بابه بحر (قوله قيدوه بالشهرة) لأن الإنسان قلما ينجو من العقود الفاسدة وكل ذلك كالربا ، فلو أطلق عدم القبول عن قيد الشهرة للزم الحرج . قال فى البحر : وهو أولى مما قيل لأن الربا ليس بحرام محض لأنه يفيد الملك بالقبض كسائر البياعات الفاسدة وإن كان غاصبا مع ذلك فكان ناقصا فى كونه كبيرة ، بخلاف أكل مال اليتيم ترد شهادته بمرة .

ولا يخفى أن الفسق يمنعها شرعا إلا أن القاضى لا يثبت ذلك إلا بعد ظهوره له فالكل سواء بحر فليحفظ (أو يبول أو يأكل على الطريق) وكذا كل ما يخلّ بالمروءة ،

والأوجه ما قيل لأنه إن لم يشتهر به كان الواقع ليس إلا تهمة أكل الربا ولا تسقط العدالة به ؛ ولا يصح قوله إنه ليس بحرام محض بعد الاتفاق على أنه كبيرة والملك بالقبض شيء آخر وهذا أقرب ؛ ومرجعه إلى ما ذكر فى وجه تقييد شرب الخمر بالإدمان. وأما أكل مال اليتيم فلم يقيده أحد وأنت تعلم أنه لابد من الظهور للقاضى فلا فرق بين الربا ومال اليتيم .

والحاصل أن الفسق فى نفس الأمر مانع شرعا ، غير أن القاضى لا يرتب ذلك إلا بعد ظهوره له فالكل سواء فى ذلك . وأما أكل مال اليتيم فلم يقيده أحد ، ونصوا أنه بمرة ، وأنت تعلم أنه لابد من الظهور للقاضى لأن الكلام فيما يردّ به القاضى الشهادة فكان بمرة يظهر لأنه يحاسب فيعلم أنه انتقص من المال فتح مع زيادة (قوله ولا يخفى أن الفسق) أى واو بأكل مال اليتيم (قوله يمنعها) أى الشهادة (قوله لايثبت ذلك) أى الفسق المانع (قوله إلا بعد ظهوره له) انظر هل يكفى فى الظهور له إخبار الشاهدين له ؛ والمراد بالشهرة حينئذ أن يشتهر عندهما حاله (قوله فالكل) أى كل المفسقات لا خصوص الربا سائحانى (قوله سواء) خلافا لمن فرق فقال : يأكل مال اليتيم مرة تردّ ويشترط الشهرة فى الربا وقد علمت ما عليه المعوّل فلا تغفل (قوله بحر) وأصل العبارة للكمال فى الفتح كما قدمناها مع زيادة (قوله فليحفظ) أى هذا التوفيق .

أقول : لكن نظر فيه السائحانى بقوله : والصواب ما قالوه من أن الربا يفيد الملك بالقبض والملك مبيح للأكل فكان ناقصا فى كونه كبيرة اه . والأولى أن يقولوا فكان ناقصا فى إسقاط العدالة وإلا هو كبيرة كما لايخفى كما قدمناه قريبا . وأما أكل مال اليتيم فبمرة تسقط عدالته يعنى لعدم الشبهة (قوله أو يبول أو يأكل على الطريق) أى فى الطريق على حد - ودخل المدينة على حين غفلة - ولابد أن يكون بمرأى من الناس ، وإنما منعا لدلالتهما على ترك المروءة . وإذا كان الشاهد لايستحى من مثل ذلك لا يمتنع من الكذب فيتهم ، وانظر حكم ما لا يعد أكلا عرفا كتعاطى شرب ومص قصب ونحوه ط .

أقول : الذى يظهر أن هذا مسقط لعدالة أهل الوجاهة من أشراف الناس وعلمائهم ، ويدل عليه ما قاله فى الأشباه فى وصية الإمام لأبى يوسف رحمه الله تعالى : ولا تشرب من السقاء والسقائين ، ومن جملة ما علله الحموى بسقوط المروءة تأمل (قوله وكذا كل مايخلّ بالمروءة) عبارة الهداية : ولا من يفعل الأشياء المستحقرة . وفى بعض النسخ المستقبحة . وفى بعضها المستخفة : أى التى يستخف الناس فاعلها . أو الخصلة التى يستخفها الفاعل فيبدو منه ما لايليق . وعلى هذا المعنى قوله تعالى - ولا يستخفنك الذين لايوقنون - ومن يفعل فعلا يعد منه خفة وسوء أدب وقلة مروءة وحياء . لأن من يكون كذلك لايبعد منه أن يشهد بالزور . وفى الحديث عنه عليه الصلاة والسلام « إن مما أدرك الناس من كلام النبوّة الأولى إذا لم تستح فافعل ما شئت » كما فى الفتح ، ومنه إدمان حلق اللحية سواء كان عادة لأهل بلد الشاهد أم لا كما حرره سيدى الوالد رحمه الله تعالى فى تنقيحه . قال فى البحر : كل ما يخلّ بالمروءة يمنع قبولها وإن لم يكن محرما . والمروءة أن لا يأتى الإنسان بما يعتذر منه مما يبخسه عن مرتبته عند أهل الفضل . وقيل السمت الحسن . وحفظ اللسان . وتجنب السخف والمجون ، والارتفاع عن كل خلق دنىء . والسخف : رقة العقل . من قولهم : ثوب سخيف إذا كان قليل الغزل . وفى الغاية : قال محمد : وعندى المروءة الدين والصلاح اه . وقد ذكروا منها المشى بسراويل فقط والبخل ،

ومنه كشف عورته ليستنجى من جانب البركة والناس حضور وقد كثر فى زماننا فتح أو يظهر سب السلف) لظهور فسقه ، بخلاف من يخفيه لأنه فاسق مستور عينى . قال المصنف : وإنما قيدنا بالسلف تبعا لكلامهم ، وإلا فالأولى أن يقال سب المسلم لسقوط العدالة بسب المسلم وإن لم يكن من السلف كما فى السراج والنهاية .

وفيها : الفرق بين السلف والخلف أن السلف الصالح الصدر الأول من التابعين منهم أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه . والخلف بالفتح : من بعدهم فى الخير ، وبالسكون فى الشر مجرد

وقيده مالك بالمفرط لأنه يؤديه إلى منع الحقوق ، ومن يعتاد الصياح فى الأسواق ، ومد الرجل عند الناس ، وكشف رأسه فى موضع يعد فعله خفة وسوء أدب ، وسرقة لقمة ، والإفراط فى المزح المفضى إلى الاستخفاف وصحبة الأراذل : والاستخفاف بالناس ، وليس الفقهاء قباء ، ولعل هذا الأخير كان من مخلات المروءة فى الزمن السابق : وأما الآن فلا .

ثم اعلم أنهم اشترطوا فى الصغيرة الإدمان وما شرطوه فى فعل ما يخل بالمروءة فيما رأيت ، وينبغى اشتراطه بالأولى ، وإذا فعل ما يخل بها سقطت عدالته وإن لم يكن فاسقا حيث كان مباحا : ففاعل المخل بها ليس بفاسق ولا عدل : فالعدل من اجتنب الثلاثة ، والفاسق من فعل كبيرة أو أصر على صغيرة ، ولم أر من نبه عليه بحر . قال فى النهاية : وأما إذا شرب الماء أو أكل الفواكه على الطريق لا يقدح فى عدالته لأن الناس لا تستقبح ذلك منح .

أقول : لكن فى زماننا يعدونه قادحا من البعض كما قدمناه آنفا (قوله ليستنجى من جانب البركة) بخلاف كشفها للبول والغائط إذا لم يجد ما يستتر به فإنه لا يفسق به اه ط عن أبى السعود (قوله أو يظهر سب السلف) السب : هو التكلم فى عرض الإنسان بما يعيبه . قال القهستانى : ونعم ما قيل ، من طعن فى علماء الأمة لا يلومن إلا أمه كما فى الكرمانى ، ولذا قال أبو يوسف لا أقبل شهادة : من يشتم أصحابه عليه الصلاة والسلام . لأنه لو شتم واحدا من الناس لم تقبل شهادته فههنا أولى كما فى المحيط : فعلى هذا لا يبعد أن يكون السلف شاملا للمجتهدين كلهم كما ذكره المصنف وغيره . على أن السلف فى الشرع كل من يقلد مذهبه فى الدين كأبى حنيفة وأصحابه فإنهم سلفنا ، والصحابة والتابعين رضى الله تعالى عنهم فإنهم سلفهم كما فى الكفاية ، ولم يوجد أصل ، لما فى المستصفى أنه جمع سالف ، والمشهور أنه فى الأصل مصدر سلف : أى مضى . وسلف الرجل آباؤه والجمع أسلاف (قوله لسقوط العدالة بسب المسلم) فى الحديث « سباب المسلم فسوق ، وقتاله كفر » قال ابن الأثير فى النهاية : السب الشتم ، يقال سب يسبه سبا وسبابا ، قيل هذا محمول على من سبه أو قاتله من غير تأويل ، وقيل إنما قال ذلك على جهة التغليظ لا أنه يخرجه إلى الكفر والفسق .

أقول : هذا خلاف الظاهر اه ط .

قال فى شرح المجمع للعينى : لا تقبل شهادة من يظهر سب السلف بالإجماع لأنه إذا أظهر ذلك فقد أظهر فسقه ، بخلاف من يكتمه لأنه فاسق مستور ومثله فى الجوهرة . وفى شرح الكنز للزيلعى : أو يظهر سب السلف : يعنى الصالحين منهم وهم الصحابة والتابعون ، لأن هذه الأشياء تدل على قصور عقله وقلة مروءته : ومن لم يمتنع عن مثلها لا يمتنع عن الكذب عادة ، بخلاف ما لو كان يخفى السب اه (قوله منهم أبو حنيفة) كذا ذكره الكردرى فى مناقبه ، وتبعه صاحب العناية والحافظ الذهبى والحافظ العسقلانى وغيرهم .

وفى اصطلاح الفقهاء كما قال الشيخ عبدالعال فى فتاويه : السلف الصدر الأول إلى محمد بن الحسن ، والخلف

فيه عن العناية عن أبي يوسف : لا أقبل شهادة من سب الصحابة وأقبلها

من محمد بن الحسن إلى شمس الأئمة الحلوانى ، والمتأخرون منه إلى الإمام حافظ الدين البخارى (قوله عن أبي يوسف) الظاهر أن حكم هذا الفرع متفق عليه ، لما سبق من قبول شهادة أهل الأهواء إلا هوى يكفر به صاحبه لكفره إذا لم يكن فيه شبهة اجتهاد كهوى المجسمة والاتحادية والحلولية ونحوهم من غلاة الروافض ومن ضاهاهم ، فإن أمثالهم لم يحصل منهم بذل وسع فى الاجتهاد . فإن من يقول علىّ هو الإله أو بأن جبريل غلط ونحو ذلك من السخف إنما هو متبع مجرد الهوى ، وهو أسوأ حالا ممن قال — ما نعبدهم إلا ليقربونا إلى الله زلفى — فإنه بلا شبهة كفر ومن أشد الكفر . أما من له شبهة فيما ذهب إليه وإن كان ما ذهب إليه عند التحقيق فى حد ذاته كفرا كمنكر الرؤية وعذاب القبر ونحو ذلك ، فإن فيه إنكار حكم النصوص المشهورة والإجماع ، إلا أن لهم شبهة قياس الغائب على الشاهد ونحو ذلك مما علم فى الكلام ، وكمنكر خلافة الشيخين والسابّ لهما فإن فيه إنكار حكم الإجماع القطعى إلا أنهم ينكرون حجية الإجماع باتهامهم الصحابة فكان لهم شبهة فى الجملة وإن كانت ظاهرة البطلان بالنظر إلى الدليل ، فبسبب تلك الشبهة التى أدى إليها اجتهادهم لم يحكم بكفرهم مع أن معتقدهم كفر احتياطا ، بخلاف مثل من ذكرنا من الغلاة .

وحاصله أن المحكوم بكفره من أداه هواه وبدعته إلى مخالفة دليل قطعى لا يسوغ فيه تأويل أصلا ، كرد آية قرآنية أو تكذيب نبى ، أو إنكار أحد أركان الإسلام ونحو ذلك ، بخلاف غيرهم كمن اعتقد أن عليا هو الأحق بالخلافة وصاروا يسبون الصحابة ، لأنهم منعوه حقه ونحوهم فلا يحكم بكفرهم احتياطا وإن كان معتقدهم فى نفسه كفرا : أى يكفر به من اعتقده بلا شبهة تأويل ، وإنما نسب لأبى يوسف لأنه مخرجه (قوله من سب الصحابة) لأنه لو سب واحدا من الناس لا تقبل شهادته فهذا أولى قهستانى .

والحاصل أن الحكم بالكفر على سابّ الشيخين أو غيرهما من الصحابة مطلقا قول ضعيف لاينبغى الإفتاء به ولا التعويل عليه كما حققه سيدى الوالد رحمه الله تعالى فى كتابه [تنبيه الولاة والحكام] فراجعه.

وقال فيه أيضا : اعلم أن من القواعد القطعية فى العقائد الشرعية أن قتل الأنبياء أو طعنهم فى الأشياء كفر بإجماع العلماء ، فمن قتل نبيا أو قتله نبى فهو أشقى الأشقياء .

وأما قتل العلماء والأولياء وسبهم فليس بكفر إلا إذا كان على وجه الاستحلال أو الاستخفاف ، فقاتل عثمان وعلىّ رضى الله تعالى عنهما لم يقل بكفره أحد من العلماء إلا الخوارج فى الأول والرافض فى الثانى : وأما قذف عائشة فكفر بالإجماع ، وهكذا إنكار صحبة الصديق لمخالفة نص الكتاب ، بخلاف من أنكر صحبة عمر أو علىّ وإن كانت صحبتهما بطريق التواتر إذ ليس إنكار كل متواتر كفرا ، ألا ترى أن من أنكر جود حاتم بل وجوده أو عدالة أنوشروان وشهوده لايصير كافرا إذ ليس مثل هذا مما علم من الدين بالضرورة.

وأما من سب أحدا من الصحابة فهو فاسق ومبتدع بالإجماع إلا إذا اعتقد أنه مباح أو يترتب عليه ثواب كما عليه بعض الشيعة ، أو اعتقد كفر الصحابة فإنه كافر بالإجماع ، فإذا سب أحدا منهم فينظر ، فإن كان معه قرائن حالية على ما تقدم من الكفريات فكافر وإلا ففاسق ، وإنما يقتل عند علمائنا سياسة لدفع فسادهم وشرهم وهذا فى غير الغلاة من الروافض وإلا فالغلاة منهم كفار قطعا فيجب التفحص ، فحيث ثبت أنه منهم قتل لأنهم زنادقة ملحدون ، وعلى هؤلاء الفرقة الضالة يحمل كلام العلماء الذين أفتوا بكفرهم وسبى ذراريهم ، لأنهم لاينفكون عن اعتقادهم الباطل فى حال إتيانهم بالشهادتين وغيرهما من أحكام الشرع كالصوم والصلاة فهم كفار لا مرتدون ولا أهل كتاب اهـ وإن أردت توضيح المقام فعليك به فإن فيه تمام المرام . وقد ذكر

ممن تبرأ منهم لأنه يعتقد دينا وإن كان على باطل فلم يظهر فسقه بخلاف الساب .

(شهدا أن أباهما أوصى إليه ، فإن ادعاه صحت) شهادتهما استحسانا كشهادة دائنى الميت ومديونيه والموصى لهما ووصيه لثالث على الإيصاء (وإن أنكر لا) لأن القاضى لا يملك إجبار أحد على قبول الوصية

سيدى الوالد رحمه الله تعالى أيضا نبذة من ذلك فى باب المرتد فراجعها والسلام (قوله ممن تبرأ منهم) كالخوارج فإنهم من أهل الأهواء غير المكفرة (قوله لأنه يعتقد دينا) قال فى المنح : وفرقوا بأن إظهاره سفه لا يأتى به إلا الأسقاط المستخفة وشهادة السخيف لا تقبل ، ولا كذلك المتبرئ لأنه يعتقد دينا وإن كان على باطل فلم يظهر فسقه (قوله شهد أن أباهما) مثل الابنين كل من لا تقبل شهادته للموكل . وأما حكم الأجنبيين إذا شهدا بذلك بعد الدعوى فإنها تقبل قياسا واستحسانا . والقياس فيما ذكره أن لا تقبل للتهمة ولكونها شهادة للشاهد لعود المنفعة إليه (قوله أوصى إليه) هذا إضمار قبل الذكر والأولى إظهاره بأن يقول أوصى إلى زيد والمراد هنا جعله وصيا ، يقال أوصى إليه : إذا جعله وصيا أوصى له بكذا : أى جعله موصى له (قوله فإن ادعاه) أى الإيصاء المفهوم من أوصى ، والمراد من قوله ادعاه : أى رضى به .

قال فى الحواشى السعدية : أى والوصى يرضى هكذا سنح للبال. ثم رأيت فى شرح الجامع الصغير لمولانا علاء الدين الأسود ما نصه : والمراد من الدعوى فى قوله والوصى يدعى هو الرضا ، إذ الجواز لا يتوقف على الدعوى بل للقاضى أن يغصب وصيا إذا رضى هو به اه .

أقول : لكن الدعوى تستلزم الرضا بطريق ذكر الملزوم وإرادة اللازم قاله الداماد (قوله استحسانا) لأنه لم يثبت بهذه الشهادة شيء لم يكن للقاضى فعله وإنما كان له نصب الوصى فاكتفى بهذه الشهادة مؤنة التعيين إذ لولا شهادتهما لكان القاضى يتأمل فيمن يتعين فيعين من ثبت صلاحيته نظرا للميت وإن لم يوص لأنه نصب ناظرا لمصالح المسلمين ، وحينئذ فإنه يكون وصى القاضى لا وصى الميت كما حرره المقدسى .

قال فى البحر : ولابد من كون الموت معروفا فى هذه المسائل أى ظاهرا إلا فى مسألة غريمى الميت فإنها تقبل وإن لم يكن الموت معروفا لأنهما يقران على أنفسهما بثبوت ولاية القبض للمشهود له ، فانتفت التهمة وثبت موت رب الدين بإقرارهما فى حقهما . وقيل معنى الثبوت أمر القاضى إياهما بالأداء إليه لا براءتهما عن الدين بهذا الأداء ، لأن استيفاءه منهما حق عليهما والبراءة حق لهما فلا تقبل كذا فى الكافى اه ملخصا (قوله كشهادة دائنى الميت) أى لرجل بأنه وصى وكذا فيما بعد (قوله والموصى لهما) بذلك بأن أباهما أوصى إلى فلان : أى أن الموصى لهما بشيء من المال شهدا أن الميت أوصى إلى زيد يكون وصيا على أولاده عينى (قوله ووصيه) أورد على هذه أن الميت إذا كان له وصيان فالقاضى لا يحتاج إلى نصب آخر . وأجيب بأنه يملكه لإقرارهما بالعجز عن القيام بأمور الميت كذا فى البحر . قال ط : وفيه تأمل (قوله لثالث) أى لرجل ثالث متعلق بشهادة كقوله على الإيصاء : أى على أن الميت جعله وصيا ، وهذا مرتبط بالمسائل الأربع لا بالأخيرة كما لا يخفى فافهم ، ولا تنس ما قدمناه قريبا عن البحر من أنه لابد من كون الموت معروفا فى الكل أى ظاهرا إلا فى الخ (قوله لا يملك إجبار أحد على قبول الوصية) ظاهر فى أن الوصى من جهة القاضى كما قدمناه خلافا لما فى البحر .

أقول : وبيان هذه المسائل كما فى الفتح : رجل ادعى أنه وصى فلان الميت فشهد بذلك اثنان موصى لهما بمال أو وارثان لذلك الميت أو غريمان لهما على الميت دين أو للميت عليهما دين أو وصيان فالشهادة جائزة

عينى (كما) لا تقبل (لو شهدا

استحسانا . والقياس أن لاتجوز لأن شهادة هؤلاء تتضمن جلب نفع للشاهد : أما الوارثان لقصدهما نصب من يتصرف لهما ويريحهما ويقوم بإحياء حقوقهما والغريمان الدائنان . والموصى لهما لوجود من يستوفيان منه ، والمديونان لوجود من يبرآن بالدفع إليه . والوصيان من يعنيهما فى التصرف فى المال والمطالبة ، وكل شهادة جرت نفعا لا تقبل .

وجه الاستحسان أنا لم نوجب بهذه الشهادة على القاضى شيئا لم يكن واجبا عليه ، بل إنما اعتبرناها على وزان القرعة لايثبت بها شىء . ويجوز استعمالها لفائدة غير الإثبات كما جاز استعمالها لتطييب القلب فى السفر بإحدى نسائه ولدفع التهمة عن القاضى فى تعيين الأنصباء ، فكذا هذه الشهادة فى هذه الصور لم تثبت شيئا ، وإنما اعتبرناها لفائدة إسقاط تعيين الوصى عن القاضى ، فإن للقاضى أو عليه إذا ثبت الموت ولا وصى أن ينصب وصيا فلما شهد هؤلاء بوصاية هذا الرجل فقد رضوه واعترفوا له بالأهلية الصالحة لذلك فكفى القاضى لذلك مؤنة التفتيش على الصالح وعين هذا الرجل بتلك الولاية لا بولاية أوجبتها الشهادة المذكورة ، وكذلك وصيا الميت لما شهدا بالثالث . فقد اعترفا بعجز شرعى منهما عن التصرف إلا أن يكون هو معهما أو بعجز علمه الميت منهما حتى أدخل معهما فينصب القاضى الآخر ، وفى الصور كلها ثبوت الموت شرط لأن القاضى لا يملك نصب وصى قبل الموت إلا فى شهادة الغريمين المديونين فإنه لا يشترط فى إثبات ذلك الوصى الذى شهدا له ثبوت لأنهما مقران على أنفسهما بثبوت حق قبض الدين لهذا الرجل فضررهما فى ذلك أكثر من نفعهما فتقبل شهادتهما بالوصية والموت جميعا وهذا بخلاف المسألة الآتية أعنى مسألة ما لو شهدا أن أباهما الغائب وكله بقبض ديونه الخ .

ورأيت سؤالا وجوابا أحببت ذكرهما هنا لمناسبة لا تخفى على الفطن النبيه ، وهما من فتاوى مفتى دمشق الشام محمود أفندى الحمزاوى حفظه الله تعالى . سئل عن صورة دعوى مضمونها فى الوصى إذا أثبت وصاية على تركة وحكم الحاكم بها ثم بعد ذلك أتى رجل آخر وادعى أن الميت أخرج الأول وجعل ذلك وصيا محله فهل لا تسمع هذه الدعوى من الآخر لتضمنها إبطال القضاء الأول أم لا . أجاب بقوله حيث أثبت المدعى عليه قبلا كونه وصيا شرعيا وقضى القاضى بصحة وصايته بوجهها الشرعى فلا تسمع دعوى المدعى الآن ولا الشهادة بأن الميت أخرج المدعى عليه وجعل مورث موكلته وصيا لأن فى سماع مثل هذه الدعوى والشهادة إبطال القضاء والقضاء يصان عن الإلغاء ما أمكن .

قال فى شرح الزيادات للإمام محمد : شهد شاهدان أن الميت أوصى إلى هذا الرجل وقضى القاضى بها ثم شهد آخران بالإيصاء إلى رجل آخر لاتقبل لأن فيه نقض القضاء الأول ، وكذلك فى شرح الزيادات لقاضيخان حيث قال : وإن ذكر الشاهدان رجوعا من الوصية الأولى لاتقبل شهادتهما ، لأن هذه الشهادة تضمنت إبطال القضاء انتهى وكلاهما صريح فى عدم صحة سماع الدعوى والشهادة ، والله تعالى أعلم بالصواب اه .

أقول : لكن يشكل على ذلك قولهم الدفع ودفع الدفع صحيح قبل القضاء وبعده على الصحيح ولعله مبنى على القول المرجوح من أن الدفع بعد الحكم لايقبل تأمل (قوله كما لاتقبل الخ) هذا إذا كان المطلوب يجحد الوكالة والإجازت الشهادة لأنه يجبر على دفع المال بإقراره بدون الشهادة وإنما قامت الشهادة لإبراء المطلوب عند الدفع إلى الوكيل إذا حضر الطالب وأنكر الوكالة فكانت شهادة على أبيهما فتقبل ، وفرق بينها وبين

أن أباهما) الغائب (وكله بقبض ديونه وادعى الوكيل أو أنكر) والفرق أن القاضى لا يملك نصب الوكيل عن الغائب بخلاف الوصى .

(شهد الوصى) أى وصى الميت (بحق للميت) بعد ما عزله القاضى عن الوصاية ونصب غيره أو بعد ما أدركت الورثة (لاتقبل) شهادته للميت فى ماله أوغيره)

من وكل رجل بالخصومة فى دار بعينها وقبضها وشهد ابنا الموكل بذلك لاتقبل وإن أقر المطلوب بالوكالة لأنه لايجبر على دفع الدار إلى الوكيل بحكم إقراره بل بالشهادة فكانت لأبيهما فلا تقبل بحر ملخصا عن المحيط (قوله أن أباهما) أشار إلى عدم قبول شهادة ابنى الوكيل بالأولى ، والمراد عدم قبولها فى الوكالة من كل من لاتقبل شهادته للموكل وبه صرح فى البزازية بحر (قوله الغائب) قيد به لأنه لو كان حاضرا لايمكن الدعوى بها ليشهد لأن التوكيل لاتسمع الدعوى به لأنه من العقود الجائزة ، لكن يحتاج إلى بيان صورة شهادتهما فى غيبته مع جحد الوكيل لأنها لاتسمع إلا بعد الدعوى . ويمكن أن تصور بأن يدعى صاحب وديعة عليه بتسليم وديعة الموكل فى دفعها فيجحد فيشهدان به ويقبض ديون أبيهما ، وإنما صورناه بذلك لأن الوكيل لايجبر على فعل ماوكل به إلا فى رد الوديعة ونحوها كما سيأتى فيها بحر . ونظر فى ذلك سيدى الوالد رحمه الله تعالى بقوله قوله تسليم وديعة الموكل فى دفعها أى التى وكله الغائب بدفعها لصاحبها ، وقوله فيشهدان به أى بتسليم الوديعة الذى ادعاه المدعى وقوله وبقبض ديون أبيهما لم تجر فيه الدعوى فما معنى شهادتهما به مع أن المقصود جريانها فيه مع إجبار الوكيل ولا إجبار هنا فتأمل (قوله أو أنكر) صورته كما تقدمت عن البحر فإنها لاتقبل (قوله والفرق)إنما يحتاج إلى الفرق فى صورة الدعوى فيهما ، وأما فى صورة الإنكار فالحكم متحد وقدم وجهه فى الوصى ، وهو أن القاضى لايملك إجباره على قبول الوصية ط .

أقول : ويمكن أن يقال للفرق أى إذا لم يحضر الوكيل خصما ولم يحضر غير ابنى الموكل لايملك القاضى نصب وكيل عن غائب . وأما إذا أحضر خصما وشهد غير ابنى الموكل فالقاضى يثبت الوكالة عن الغائب ويكون من قبيل الإثبات لاالنصب . وأما شهادة ابنى الموكل فلا تثبت الوكالة لعدم كونها شهادة وللتهمة أيضا إذ يمكن أن يتواضعا مع الوكيل على أخذ المال فيصير لنفعهما فلا تقبل كما فى شرح الملتقى للداماد ، يؤيد ذلك ماسيأتى فى الوصايا من قول الشارح لأن القاضى لايملك نصب الوكيل عن الحى بطلبهما اه فانظر لقوله بطلبهما ولم يقل بشهادتهما فإنه يشير إلى أنها غير شهادة بل كناية عن الطلب ، ويظهر لى القبول لو ادعى بكر الشراء من وكيل زيد المنكر واستشهد بابنى زيد على ذلك (قوله عن الغائب) لعدم الضرورة إليه لوجود رجاء حضوره إلا فى المفقود كما فى البحر (قوله بخلاف الوصى) أى وصى القاضى ، وإنما يحتاج إلى هذا الفرق فى صورة الدعوى ، أما فى صورة الإنكار فالحكم متحد لأن القاضى لايملك إجباره على قبول الوصية كما قدمناه قريبا (قوله أى وصى الميت) فى بعض النسخ أو بدل أى (قوله بحق للميت) أو لليتيم ، واحترز بذلك عن شهادته بدين عليه فإنها تقبل كما فى الهندية (قوله بعد ماعزله القاضى) وكذا قبله بالأولى فكان الأولى أن يقول ولو بعد ودلت المسألة على أن القاضى إذا عزل الوصى ينعزل بزازية .

ويمكن أن يقال عزله بجنحة سيدى الوالد رحمه الله تعالى قال فى الخانية : ليس لقاض أن يخرج الوصى من الوصاية ولا يدخل غيره معه ، فإن ظهرت منه خيانة أو كان فاسقا معروفا بالشر أخرجه أونصب غيره معه وإن كان ثقة إلا أنه ضعيف عاجز عن التصرف أدخل غيره معه (قوله أو بعد ما أدركت) أى بلغت (قوله فى ماله أوغيره)

(خاصم أولا) لحلول الوصى محل الميت ولذا لايملك عزل نفسه بلا عزل قاض فكان كالميت نفسه فاستوى خصامه وعدمه ، بخلاف الوكيل فلذا قال (ولو شهد الوكيل بعد عزله للموكل إن خاصم) فى مجلس القاضى ثم شهد له بعد عزله (لاتقبل) اتفاقا للتهمة (وإلا قبلت) لعدمها خلافا للثانى فجعله كالوصى سراج .

أى فى ماله الذى تحت يده أو غيره . قال بعضهم أو غيره : أى كما إذا شهد أنه طلب الشفعة أو أن فلانا أبرأه من كذا ، وحمل بعضهم معنى قوله أو غيره على نحو النسب .

وفى معين المفتى شهد الوصى بدين للميت والورثة صغار أو بعضهم لاتقبل ، ولو كانوا كبارا جازت . ولو شهد على الميت بدين جازت على كل حال .

وفى المنح : ولو شهد لكبير على أجنبى تقبل فى ظاهر الرواية . ولو شهد للوارث الكبير والصغير فى غير ميراث لاتقبل اه . ويمكن حمل أو غيره على هذا فيكون معطوفا على الميت (قوله لحلول الوصى محل الميت) هذا لايظهر إلا إذا بقيت وصايته ، أما إذا عزل عنها فلا يظهر إلا باعتبار ماكان ط (قوله فكان كالميت نفسه) أى فكأنه شهد لنفسه (قوله ولو شهد الوكيل الخ) أصل المسألة فى البزازية حيث قال : وكله بطلب ألف قبل فلان والخصومة فخاصم عندغير القاضى ثم عزل الوكيل قبل الخصومة فى مجلس القضاء ثم شهد الوكيل بهذا المال لموكله يجوز ، وقال الثانى : لايجوز بناء على أن نفس الوكيل قام مقام الموكل اه فالمراد هنا أنه خاصم فيما وكل به ، فإن خاصم فى غيره ففيه تفصيل أشار إليه الشارح فيما يأتى ، وكأن العبارة مجملة وتفصيلها فى الهندية ، فإنه قال فيها : وشهادة الوكيل للموكل بعد العزل إن خاصم لاتقبل ، وإن لم يخاصم تقبل وهو قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى كذا فى الذخيرة : ولو وكله بكل حق قبل فلان بحضرة القاضى فخاصمه فى ألف فعزل ، فإن شهد بذلك الألف ردت ، وإن شهد بمال آخر لم ترد ، وإن لم يعلم القاضى بوكالته وأنكر فلان وكالته وأثبتها بالبينة ثم عزله وشهد ردت شهادته للموكل فى كل حق قائم وقت التوكيل إلا إذا شهد بحق حادث بعد تاريخ الوكالة فحينئذ تقبل كما فى الكافى (قوله اتفاقا للتهمة) أى تهمة تصديق نفسه فيما خاصم فيه (قوله وإلا قبلت لعدمها) لأن الموكل حى وهو قائم فى حق نفسه دون الوكيل ، وللوكيل أن يخرج نفسه متى شاء من الوكالة وهو يفعل من ذلك ماأمره به الموكل ، فإذا عزل قبل الخصومة لم يلحقه تهمة فيما شهد به فقبلت شهادته اه منح (قوله فجعله كالوصى) فلا تقبل شهادته مطلقا بناء على أن عنده بمجرد قبول الوكالة يصير خصما وإن لم يخاصم ، ولهذا لو أقر على موكله فى غير مجلس القضاء نفذ إقراره عليه . وعندهما لايصير خصما بمجرد القبول ولهذا لاينفذ إقراره ذخيرة ملخصا .

أقول : وقد بسط المسألة فى التاترخانية فى الفصل السابع فقال : أما شهادة الوكيل فنقول : الوكيل خاص وعام ، أما الخاص وهو إذا وكله بطلب ألف درهم قبل رجل معين والخصومة فيها إذا خاصمه عندغير القاضى ثم عزله الموكل قبل الخصومة عند القاضى ثم شهد بهذا الألف لموكله جازت شهادته . وعند أبى يوسف لايجوز بناء على أن عنده بنفس الوكالة قام مقام الموكل ، فلو أن القاضى جعله خصما ثم أخرجه الموكل من الوكالة فشهد بعد ذلك بحق قد كان له يوم وكله أو حدث له بعد ذلك قبل أن يخرجه من الوكالة لم تجز شهادته جعله وكيلا فيما يحدث والمسألة محفوظة أنه لو وكله بالخصومة فى كل حق له وقبضه على رجل معين فإنه لايتناول مايحدث ، أما إذا وكله بطلب كل حق له قبل الناس أجمعين بالخصومة ينصرف إلى الحقوق القائمة ، وما يحدث استحسانا فيحمل ماذكرنا على الوكالة العامة إذا خاصم هذا الوكيل المطلوب فى ألف درهم للموكل عليه فأخرجه الموكل من الوكالة ثم شهد

وفى قسامة الزيلعى : كل من صار خصما فى حادثة لا تقبل شهادته فيها ، ومن كان بعرضية أن يصير خصما ولم ينتصب خصما بعد تقبل ، وهذان الأصلان متفق عليهما وتمامه فيه ، قيدنا بمجلس القاضى لأنه لو خاصم فى غيره ثم عزله قبلت عندهما ؛ كما لو شهد فى غير ما وكل فيه أو عليه جامع الفتاوى .

وفى البزازية : وكله بالخصومة عند القاضى فخاصم المطلوب بألف درهم عند القاضى ثم عزله فشهد أن لموكله على المطلوب مائة دينار تقبل ، بخلاف ما لو وكله عند غير القاضى وخاصم

له بألف دينار لاتقبل شهادته له أو شهد الوكالة العامة ، وما تقدم لأنه لو لم تكن عامة تقبل فى الدنانير وإنما لاتقبل فى الدنانير إذا كانت واجبة عليه قبل الإخراج . وأما إذا شهد بدنانير وجبت عليه بعد العزل تقبل شهادته وأما العامة لو وكل رجل رجلا بالخصومة فى كل حق له وقبضه جاز لامؤقتة، يعنى قبل الناس مطلقا أو فى معين فقدم رجلا وأقام عليه البينة وجعله القاضى خصما ثم أخرج الموكل من الوكالة لم تجز شهادته له على هذا الرجل ولا على غيره ممن كان للموكل عليه حق من يوم وكله ولا ماحدث على الناس بعد ذلك يوم أخرجه من الوكالة اه مارأيته فى النسخة التى حصلت فى يدى وهى محرفة فلتراجع نسخة أخرى (قوله وهذان الأصلان متفق عليهما) قدمنا آنفا أن أبا يوسف لم يجوّز شهادة الوكيل خاصم أولا ففى هذا الاتفاق نظر ، لأن أبا يوسف جعل الوكيل كالوصى وإن لم يخاصم مع أنه بعرضية أن يخاصم (قوله وتمامه فيه) أى فى الزيلعى . وعبارته بعد قوله متفق عليهما غير أنهما يجعلان أهل المحلة مما له عرضية أن يصير خصما وهو يجعلهم ممن انتصب خصما وعلى هذين الأصلين يتخرّج كثير من المسائل ، فمن جنس الأول الوكيل بالخصومة إذا خاصم عند الحاكم ثم عزل لاتقبل شهادته ، والشفيع إذا طلب الشفعة ثم تركها لاتقبل شهادته بالبيع ، ومن جنس الثانى أن الوكيل إذا لم يخاصم والشفيع إذا لم يطلب وشهدا تقبل شهادتهما ، ولو ادعى الولى على رجل بعينه من أهل المحلة فشهد شاهدان من أهلها عليه لم تقبل شهادتهما عليه ، لأن الخصومة قائمة مع الكل والشاهد يقطعها عن نفسه فكان متهما إلا رواية عن أبى يوسف ذكرناها من قبل اه (قوله ثم عزله) أى الموكل قبل الخصومة عند القاضى (قوله عندهما) أى خلافا للثانى ، فإنه كالوصى عنده كما قدمناه قريبا ، كما لو شهد فى غير ماوكل به أو عليه (قوله أو عليه) عطف على فى غير ماوكل به أى لو شهد على موكله .

وفى شرح تحفة الأقران : الوكيل بقبض الدين تجوز شهادته بالدين ، ثم قال الكفيل بنفس المدعى عليه إن شهد أن المدعى عليه قضى المال الذى كانت الكفالة لأجله هل تقبل شهادته ، اختلف المشايخ سائحانى (قوله وفى البزازية) بيان لقوله فى غير ما وكل فيه (قوله عند القاضى) متعلق بقوله وكله لا بالخصومة (قوله بألف درهم) متعلق بخاصم (قوله مائة دينار) أى مال غير الموكل به بخلاف ما مر (قوله تقبل) لأنه مال آخر لأن المائة دينار مال آخر غير الذى خاصم فيه أولا (قوله وخاصم) أى فإنها لا تقبل مطلقا ، وذلك بأن أنكر المدعى عليه وكالته فأثبتها بالبينة ثم عزل وشهد ردت شهادته للموكل فى حق كل قائم وقت التوكيل إلا إذا شهد بحق حادث بعد تاريخ الوكالة فحينئذ تقبل وقد نقلناه عن الكافى .

وقد أوضح المقام فى جامع الفتاوى فقال : ولو وكل بغير محضر القاضى فخاصم المطلوب بألف درهم وأقام البينة على الوكالة ثم عزله الموكل فشهد له على المطلوب بعد الوكالة لم تجز شهادته لأنه لما اتصل القضاء بالوكالة صار الوكيل خصما فى جميع حقوق الموكل ، فإذا شهد بالدنانير فقد شهد بما هو خصم فيه ، أما إذا وكله عند القاضى فلا يحتاج لإثباتها للعلم ومع ذلك فعلم القاضى بها ليس بقضاء فلم يصر خصما فى غير ما وكل به

وتمامه فيها (كما قبلت عندهما خلافا للثانى (شهادة اثنين بدين على الميت لرجلين ثم شهد المشهود لهما للشاهدين بدين على الميت) لأن كل فريق يشهد بالدين فى الذمة

وهو الدراهم فيجوز شهادته بعد العزل فى حق آخر اه وسنوضحه فى القولة الآتية بأوضح من هذا (قوله وتمامه فيها) حيث قال: بخلاف ما لو وكله عند غير القاضى وخاصم المطلوب بألف وبرهن على الوكالة ثم عزله الموكل عنها فشهد له على المطلوب بمائة دينار، فما كان للموكل على المطلوب بعد القضاء بالوكالة لا يقبل لأن الوكالة لما اتصل بها القضاء صار الوكيل خصما فى حقوق الموكل على غرمائه فشهادته بعد العزل بالدنانير شهادة الخصم فلا تقبل، بخلاف الأول لأن علم القاضى بوكالته ليس بقضاء فلم يصر خصما فى غير ما وكل به وهو الدراهم فتجوز شهادته بعد العزل فى حق آخر اه بزيادة من الذى قدمناه عن الجامع. وزاد فى الذخيرة: إلا أن يشهد بمال حادث بعد تاريخ الوكالة فحينئذ تقبل شهادتهما عنده اه ولهذا قال فى البزازية بعد ما مر: وهذا غير مستقيم فيما يحدث لأن الرواية محفوظة فيما إذا وكله بالخصومة فى كل حق له وقبضه على رجل معين أنه لا يتناول الحادث، أما إذا كان وكله بطلب كل حق له قبل الناس أجمعين فالخصومة تنصرف إلى الحادث أيضا استحسانا فإذن تحمل المذكورة على الوكالة العامة.

ثم قال والحاصل أنه فى الوكالة العامة بعد الخصومة لا تقبل شهادته لموكله على المطلوب ولا على غيره فى القائمة ولا فى الحادثة إلا فى الواجب بعد العزل اه. يعنى وأما فى الخاصة فلا تقبل فيما كان له على المطلوب قبل الوكالة وتقبل فى الحادث بعدها أو بعد العزل، وإنما جاء عدم الاستقامة من التقييد بقوله مما كان للموكل على المطلوب بعد القضاء بالوكالة ولذا لم يقيد بذلك فى الذخيرة بل صرح بعده بأن الحادث تقبل فيه كما قدمناه فاغتنم هذا التحرير الفريد الذى حرره سيدى الوالد رحمه الله تعالى.

أقول: والذى يظهر لى أن هذا كله على قول أبى يوسف وإلا ناقض الكلام بعضه تأمل (قوله كما قبلت شهادة اثنين بدين على الميت لرجلين الخ) قال عطاء الله أفندى فى فتاويه: شهد رجلان لرجلين على الميت بألف درهم وشهد المشهود لهما للشاهدين على الميت بألف درهم فالشهادة باطلة. وذكر فى الجامع الصغير والجامع الكبير أن الشهادة جائزة. وروى صاحب الكتاب رواية ثالثة عن الحسن بن زياد عن أبى حنيفة أنهم إن جاءوا جميعا وشهدوا فالشهادة باطلة، وإن شهد اثنان لاثنين قبلت شهادتهما ثم ادعى الشاهدان بعد ذلك على الميت بألف درهم فشهد لهما الغريمان الأولان فشهادتهما جائزة فصار فى المسألة ثلاث روايات.

وجه ما ذكر ههنا أن الدين إذا ثبت على الميت حل فى التركة فتصير التركة مشتركة بين الغرماء، فما يقبض أحد الشريكين حل للآخر مشاركته فيه فصار كل فريق شاهدا على شىء لهما فيه.

وجه رواية الجامعين أن الشهادة لهما إنما كانت على الميت بالدين والدين ثبت فى ذمة الميت ثم يتحول إلى التركة لا تحول القرار، فإن الوارث لو أراد أن يقضى الدين من ماله وتتخلص التركة لنفسه له ذلك فيصير كأنهم شهدوا عليه فى حياته.

وجه رواية الحسن أنهم إذا جاءوا معا كان ذلك معنى المعاوضة فتفاحش التهمة ثم استدل فى الكتاب للرواية الأولى بدلائل على كيفية الشركة، فقال، ألا ترى أن الميت لو لم يترك الألف درهم فإنهم يتحاصون فيها فتكون بينهم، وألا ترى لو أن أحد الفريقين حضروا فأعطاهم القاضى نصف الألف ثم ضاع النصف الآخر ثم جاء الغريم الآخر له أن يشاركهم فيما قبضوا فيدل هذا على أن التركة مشتركة بينهم كذا فى أدب القاضى.

وهى تقبل حقوقا شتى فلم تقع الشركة اه فى ذلك . بخلاف الوصية بغير عين كما فى وصايا المجمع وشرحه وسيجىء ثمة (و) ك (شهادة وصيين لوارث كبير) على أجنبى (فى غير مال الميت) فإنها مقبولة فى ظاهر الرواية : كما لو شهد الوصيان على إقرار الميت بشىء معين لوارث بالغ تقبل بزازية .

(ولو) شهدا (فى ماله) أى الميت (لا) خلافا لهما ولو لصغير لم تجز اتفاقا وسيجىء فى الوصايا (ك) ما لا تقبل (الشهادة على جرح) بالفتح (أى مجرد فسق) عن إثبات (حق لله تعالى أو للعبد .

أقول : وقيد بالدين لأنه لو كان المشهود به عينا والمشهود عليه حيا تقبل اتفاقا كما فى الكافى . وتمام الكلام على ذلك موضح فى التاترخانية فراجعه (قوله وهى) أى الذمه (قوله له) أى للشاهد (قوله فى ذلك) أى فيما فى الذمة ، وإنما تثبت الشركة فى المقبوض بعد القبض . ووجه قول أبى يوسف بعدم القبول أن أحد الفريقين إذا قبض شيئا من التركة بدينه شاركه الفريق الآخر فصار كل شاهدا لنفسه كما ذكرناه آنفا (قوله بخلاف الوصية بغير عين) كما لو شهد كل فريق للآخر بأن الميت أوصى له بالثلث فإنها لا تقبل اتفاقا . لأن حقهم فى التركة وهو الثلث وهو مقسوم بينهما فهى شهادة فى مشترك بينهم وهو حق شائع فى جميع المال . فكانت شهادة الشريك لشريكه وهو لا يصح . بخلاف شهادة اثنين أن الميت أوصى بهذا المعين لهذين الشخصين ثم شهد المشهود لهما للشاهدين بمعين آخر فإنه لا شركة فى ذلك لأن كلا شهد بعين أخرى فلم يبقوا شركاء فافهم (قوله على أجنبى) الظاهر أنه غير قيد تأمل . ذكره سيدى الوالد رحمه الله تعالى (قوله فى ظاهر الرواية) لعدم التهمة (قوله بالغ) احترز به عن الصبى فإن شهادته له لا تقبل للتهمة (قوله ولو شهدا فى ماله) بأن شهدا للكبير بشىء على الميت (قوله ولو لصغير) أو لصغير وكبير جميعا على أجنبى كما فى الهندية (قوله وسيجىء فى الوصايا) حاصله أنه لو شهد الوصيان لكبير بمال الميت لا تقبل شهادتهما لأنهما يثبتان ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول لأنفسهما عند غيبة الوارث . بخلاف شهادتهما للكبير فى غير التركة لعدم التهمة وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى . وقالا : إذا شهد الوارث كبير يجوز فى الوجهين . لأن ولاية التصرف لا تثبت لهما فى مال الميت إذا كانت الورثة كبارا أفاده العينى ، وهذا التفصيل لم يذكره فيما يأتى (قوله على جرح بالفتح) أى فتح الجيم لغة من جرحه بلسانه جرحا ، عابه ونقصه . ومنه جرحت الشاهد : إذا أظهرت فيه ما ترد به شهادته كذا فى المصباح . وفى الاصطلاح : إظهار فسق الشاهد . فإن لم يتضمن ذلك إثبات حق لله تعالى أو للعبد فهو جرح مجرد . وإن تضمن إثبات حق لله تعالى أو للعبد فهو غير مجرد . والأول هو المراد من إطلاقه كما أفصح به فى الكافى وهو غير مقبول ، مثل أن يشهدوا أن شهود المدعى فسقة أو زناة أو أكلة ربا إلى آخر ما يذكره المصنف ، ويأتى الكلام عليه إن شاء الله تعالى . وأما الثانى أعنى غير المجرد فهو كما لو أقام المدعى عليه البينة أنهم زنوا ووصفوا الزنا أو شربوا الخمر أو سرقوا منى كذا ولم يتقادم العهد إلى آخر ما يذكره المصنف أيضا (قوله أى فسق) هذا المعنى لا يوافق واحدا مما ذكرنا من تفسير الجرح إلا أن يكون بتقدير مضاف : أى إظهار فسق (قوله مجرد عن إثبات حق لله تعالى الخ) فى القهستانى : المجرد ما لم يترتب عليه ما يترتب على الجرح من رفع الخصومة عن المشهود عليه عن إثبات حق لله تعالى كالحد . فلا يدخل التعزير لأنه يدفعه بالتوبة ، لأن التعزير إذا كان حقا لله تعالى يسقط بالتوبة ، بخلاف الحد فإنه لا يسقط بها . ويدل عليه أنهم مثلوا للمجرد بأكل الربا مع أنه يوجب التعزير فتعين إرادة الحدود اه بحر . وفيه من باب التعزير : قال له يا فاسق ثم أراد أن يثبت بالبينة فسقه ليدفع التعزير عن نفسه لا تسمع بينته لأن الشهادة على مجرد الجرح

فإن تضمنته قبلت وإلا لا تقبل (بعد التعديل)

والفسق لا تقبل ، بخلاف ما إذا قال يا زانى ثم أثبت زناه بالبينة تقبل لأنه متعلق الحد ، ولو أراد إثبات فسقه ضمنا لما تصح فيه الخصومة كجرح الشهود إذا قال رشوته بكذا فعليه رده تقبل البينة كذا هذا اه . وهذا إذا شهدوا على فسقه ولم يبينوه . وأما إذا بينوه بما يتضمن إثبات حق لله تعالى أو للعبد فإنها تقبل كما إذا قال له يا فاسق فلما رفع إلى القاضى ادعى أنه رآه قبّل أجنبية أو عانقها أو خلا بها ونحو ذلك ثم أقام رجلين شهدا أنهما رأياه فعل ذلك فلا شك فى قبولها وسقوط التعزير عن القائل لأنهما تضمنت إثبات حق لله تعالى وهو التعزير على الفاعل ، لأن الحق لله تعالى لا يختص بالحد بل أعم منه ومن التعزير ، وكذلك يجرى هذا فى جرح الشاهد بمثله وإقامة البينة عليه ، وينبغى على هذ للقاضى أن يسأل الشاتم عن سبب فسقه ، فإن بين سببا شرعيا طلب منه إقامة البينة عليه ، وينبغى أنه إن بين أن سببه بترك الاشتغال بالعلم مع الحاجة إليه أن يكون صحيحا ، وفى مثل هذا لا يطلب منه البينة بل يسأل المقول له عن الفرائض التى يفترض عليه معرفتها ، فإن لم يعرفها ثبت فسقه فلا شىء على القائل له يا فاسق ، لما صرح به فى المجتبى من أن من ترك الاشتغال بالفقه لا تقبل شهادته اه .

أقول : أما قوله فلا شك فى قبولها الخ ، فإنه يأتى قريبا من الجرح المجرد الذى لا يقبل لو شهدوا على شهود المدعى بأنهم فسقة أو زناة أو أكلة الربا أو شربة الخمر أو على إقرارهم أنهم شهدوا بزور . وأنهم أجراء فى هذه الشهادة إلى آخر ما يأتى ، ولا يخفى أن إقرارهم بشهادة الزور موجب للتعزير كما نذكر تمامه قريبا إن شاء الله تعالى فتأمل (قوله فإن تضمنته) أى ما ذكر من حق الله تعالى أو العبد كما يأتى فى المركب (قوله وإلا لا تقبل) لا حاجة إليه لأنه نفس المتن فهو تكرار (قوله بعد التعديل) ذكر فى البحر : أن هذا التفصيل فيما إذا ادعاه الخصم وبرهن عليه جهرا ؛ أما إذا أخبر القاضى به سرا وكان مجردا طلب منه البرهان عليه جهرا . فإذا برهن عليه سرا أبطل الشهادة لتعارض الجرح والتعديل فيقدم الجرح ، فإذا قال الخصم للقاضى سرا إن الشاهد أكل ربا وبرهن عليه رد شهادته كما أفاده فى الكافى اه . ووجهه أنه لو كان البرهان جهرا لا يقبل على الجرح المجرد لفسق الشهود به بإظهار الفاحشة ، بخلاف ما إذا شهدوا سرا كما بسطه فى البحر .

وحاصله أنها تقبل على الجرح ولو مجردا أو بعد التعديل لو شهدوا به سرا ، وبه يظهر أنه لابد من التقييد لقول المصنف لا تقبل بعد التعديل بما إذا كان جهرا ، وظاهر كلام الكافى أن الخصم لا يضره الإعلان بالجرح المجرد كما فى البحر أى لأنه إذا لم يثبته بالشهود سرا وفسق بإظهار الفاحشة لا يسقط حقه ، بخلاف الشهود فإنها تسقط شهادتهم بفسقهم بذلك ، وكذا يقبل عند سؤال القاضى .

قال فى البحر أول الباب المار : وقد ظهر من إطلاق كلامهم هنا أن الجرح يقدم على التعديل سواء كان مجردا أولا عند سؤال القاضى عن الشاهد والتفصيل الآتى من أنه إن كان مجردا لا تسمع البينة به أولا فتسمع إنما هو عند طعن الخصم فى الشاهد علانية اه . هذا وقد مر قبل هذا الباب أنه لا يسأل عن الشاهد بلا طعن من الخصم ، وعندهما يسأل مطلقا ، والفتوى على قولهما من عدم الاكتفاء بظاهر العدالة ، وحينئذ فكيف يصح القول برد الشهادة على الجرح المجرد قبل التعديل . وأجاب السائحانى بأن من قال تقبل أراد أنه لا يكفى حينئذ ظاهر العدالة ، ومن قال ترد أراد أن التعديل لو كان ثابتا أو أثبت بعد ذلك لا يعارضه الجرح المجرد فلا تبطل العدالة اه ، ويشير إلى هذا قول ابن الكمال : فإن قلت : أليس الخبر عن فسق الشهود قبل إقامة البينة على عدالتهم يمنع القاضى عن قبول شهادتهم والحكم بها .

و (لو قبله قبلت) أى الشهادة . بل الإخبار ولو من واحد على الجرح المجرد كذا اعتمده المصنف تبعا لما قرره صدر الشريعة ، وأقره منلا خسرو وأدخله تحت قولهم الدفع أسهل من الرفع وذكر وجهه .

قات : نعم ، لكن ذلك للطعن فى عدالتهم لا لثبوت أمر يسقطهم عن حيز القبول . ولذا لو عدلوا بعد هذا تقبل شهادتهم ، ولو كانت الشهادة على فسقهم مقبولة لسقطوا عن حيز الشهادة ولم يبق لهم مجال التعديل اه وهذا معنى كلام القهستانى ، وكذلك صدر الشريعة ومنلا خسرو يرجع إلى ما ذكره ابن الكمال كما يأتى توضيحه قريبا .

والحاصل أن البينة القاضية على الجرح المجرد غير مقبولة إلا أنها تورث شبهة فلذلك لا يكون للقاضى أن يقضى مالم تزكَّ الشهود ، وأن الذى ذكره فى البحر عن الكافى لا ينافيه ما بعده فإن الرد كان لسؤال القاضى عن الشهود لا لمجرد دعوى الخصم إذ هى غير مسموعة ، وبالله تعالى التوفيق (قوله ولو قبله قبلت) أى من حيث كونها طعنا فى العدالة حتى يمنع القاضى عن قبول شهادتهم والحكم بها حتى يعدلوا فإذا عدلوا بعد هذا الطعن تقبل شهادتهم ، وليس المراد أن هذا الطعن أثبت أمرا فيهم يسقطهم عن حيز القبول ولو عدلوا وهذا ما قاله ابن الكمال ، وهو لا ينافى ما ذكره صاحب الدرر من قبولها قبل التعديل على الجرح المجرد . فإنه وإن قال بذلك يقول إنهم لو عدلوا بعده تقبل شهادتهم فرجع الخلاف لفظيا .

والذى ذكره الوانى مجيبا به عن ابن الكمال حاصله أن مراده أن الشهادة بالفسق المجرد ليست شهادة حقيقية سواء كانت قبل التعديل أو بعده ، بل هو إخبار محض بدليل قبول خبر الواحد : أى قبل التعديل فإذا لم تكن شهادة لايكون مما نحن فيه لأن الباب معقود لمن تقبل شهادته ومن لا تقبل إلا فى الأعم فقول ابن الكمال لا تعتبر أى لا تعد شهادة ولو قبل التعديل اه إذ لو عدت شهادة لما قبلت شهادة المطعون فيهم به إذا عدلوا وأنت ترى أن هذا راجع إلى ما ذكرناه أولا اه ط .

أقول : وأنت إذا حققت النظر يظهر لك عدم المخالفة بين كلامهم جميعا كما تقدم . فكلام السراج محتمل لقبولها على المجرد قبل التعديل نعم ظاهره عدم القبول ، والمراد به أنها لا تثبت أمرا يسقطهم عن حيز القبول ، أما ثبوت الطعن بها وعدم الحكم بشهادة المجروحين ما لم يعدلوا فلا كلام فيه ، وهذا ما قاله صدر الشريعة فى شرح الوقاية وهو ماحققه منلاخسرو أيضا من أنها أفادت الدفع أى عدم العمل بتلك قبل التعديل ولذا استوضح عليه بقبول خبر الواحد .

وحاصله تسليم إفادتها مجرد الطعن لا إثبات فسق الشاهدين الرافع للقبول ما لم تمض مدة يظهر فيها حسن حالها ويعدلوا بعدها ، وهذا أيضا معنى قول القهستانى لا يلتفت إلى هذه الشهادة أى لا يثبت بها فسقهم فتدبره (قوله وذكر وجهه) أى منلاخسرو فى الدرر حيث قاله جوابا عن سؤال حاصله : لماذا قبل خبر الواحد قبل التعديل وإن كان بمجرد ولم يقبل بعد التعديل إلا نصاب شهادة ولابد أن يكون غير مجرد ما نصه :

أقول : تحقيقه أن جرح الشاهد قبل التعديل دفع للشهادة قبل ثبوتها وهى من باب الديانات ، ولذا قبل فيه خبر الواحد وبعد التعديل رفع الشهادة بعد ثبوتها حتى وجب على القاضى العمل بها إذا لم يوجد الجرح المعتبر . ومن القواعد المقررة أن الدفع أسهل من الرفع ، وهو السر فى كون الجرح المجرد مقبولا قبل التعديل ولو من واحد وغير مقبول بعده بل يحتاج إلى نصاب الشهادة وإثبات حق الشرع أو العبد اه وهذا لاينافى قبول شهادة المطعون فيهم بالجرح المجرد إذا عدلوا لأن هذا الطعن ليس شهادة عليهم أخرجتهم عن حيز القبول وهو

وأطلق ابن الكمال ردها تبعا لعامة الكتب وذكر وجهه . وظاهر كلام الوانى وعزمى زاده الميل إليه ، وكذا القهستانى حيث قال : وفيه أن القاضى لم يلتفت لهذه الشهادة ولكن يزكى الشهود سرا وعلنا ، فإن عدلوا قبلها وعزاه للمضمرات . وجعله البرجندى على قولهما لا قوله فتنبه (مثل أن يشهدوا على شهود

ما أراده ابن الكمال ط (قوله وأطلق ابن الكمال ردها) أى رد شهادة الطاعن بالفسق المجرد ولو قبل التعديل أى فلم يعتبرها ، أى على أنها شهادة مخرجة للمطعون فيه بالمجرد عن حيز القبول ، ويدل على أن هذا مراده ما ذكره من السؤال والجواب بقوله . فإن قلت : أليس الخبر عن فسق الشهود قبل إقامة البينة على عدالتهم يمنع القاضى عن قبول شهادتهم والحكم بها

قلت : نعم ، لكن ذلك للطعن فى عدالتهم لا لثبوت امر يسقطهم عن حيز القبول ولذا لو عدلوا بعد هذا تقبل شهادتهم ، ولو كانت الشهادة على فسقهم مقبولة لسقطوا عن حيز الشهادة ولم يبق لهم مجال التعديل اه (قوله وذكر وجهه) حيث قال : إنما لاتقبل البينة على الجرح المجرد لأنه لايدخل تحت الحكم والبينة إنما تقبل فيما يدخل تحت الحكم ، وفى وسع القاضى إلزامه ، وهذا لا يختلف بكونه قبل إقامة البينة على العدالة وكونه بعدها (قوله وفيه) أى كلام النقاية حيث جعل عدم قبول التفسيق المجرد فى الشاهد المعدل وهو يفيد أنه يقبل فى غير المعدل (قوله لم يلتفت لهذه الشهادة) الأولى لايلتفت : أى لا يعتبرها على أنها شهادة مسقطة لشهادة الشهود ولو عدلوا بل تمنعه عن الحكم إلى أن يعدلوا فإذا عدلوا قبل شهادتهم ، فآل إلى الكلام السابق (قوله ولكن يزكى الخ) ولو كانت شهادة مقبولة لما طلب التزكية بعدها .

أقول : اعلم أن القهستانى نقل أولا عن مصنف متنه أن القضاء قبل التعديل لا يجوز فكيف إذا وجد الجرح فنظر فى هذا بقوله وفيه أن القاضى الخ .

وأقول : الذى يؤخذ من المذهب وإليه ترجع هذه العبارات بالعناية أن مذهب الإمام أن ظاهر العدالة يجوز الحكم قبل ثبوت حقيقتها إن لم يطلب الخصم التعديل . وقالا : لابد من حقيقتها مطلقا ، ومن البين أن الجرح المجرد أقل ما هناك ينبىء عن طلب التعديل فحينئذ لابد من التعديل باتفاق ، فمن قال قبلت شهادته مراده أنه لا يكفى حينئذ ظاهر العدالة ، ومن قال ردت مراده أن التعديل لو كان ثابتا أو أثبت بعد ذلك لايعارضه الجرح المجرد فلا يبطل العدالة كالجرح الغير المجرد كما قدمناه قريبا (قوله وجعله البرجندى) أى جعل قبول الشهادة إذا عدلوا على قولهما الخ . قد علمت أنه لا حاجة إلى ذلك وأن الخلاف لفظى :

قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى : والمتبادر منه رجوعه إلى قوله : لكن يزكى الشهود سرا وعلنا . أما على قول الإمام فيكتفى بالتزكية علنا كما تقدم وهذا محله ما إذا لم يطعن الخصم ، أما إذا طعن كما هنا فلا اختلاف بل هو على قول الكل من أنهم يزكون سرا وعلنا فتأمل وراجع ولعل هذا هو وجه أمر الشارح بقوله فتنبه : والظاهر أن الضمير راجع إلى الإطلاق المفهوم من قوله وأطلق الكمال اه وهذا أولى مما ذكره بعض الأفاضل بقوله وجعله البرجندى على قولهما : يعنى إنما يحتاج إلى تزكية الشهود سرا وعلنا لو جرحوا قبل التعديل إنما هو قول الإمامين المشترطين لذلك لجواز القضاء بشهادة الشهود لا على قول الإمام القائل إن القاضى يكتفى بظاهر العدالة كما تقدم بيان الخلاف بينهم فجعل وجود هذا الجرح كعدمه ، فلا يصح قول صدر الشريعة قبلت الشهادة قبل الجرح لأنه لا معنى لقبولها إلا الحكم بها ، ولو حكم بفسقهم بهذه الشهادة لم يصح تزكيتهم بعدها كما قاله ابن الكمال ، ولم يجز الحكم بشهادتهم على قول أحد من أئمتنا فيخالف ما قاله البرجندى ، فمن قال

المدعى) على الجرح المجرد (بأنهم فسقة أو زناة أو أكلة الربا أو شربة الخمر ، أو على إقرارهم أنهم شهدوا بزور ،

إن الخلف هنا لفظى فمن عدم علمه بما يقول كما هو عادته اه . لأنا نقول : إعمال الكلام أولى من إهماله ، وثانيا لما علمت من إرجاع الأقوال لبعضهم وعدم المخالفة بين كلامهم جميعا ، فارجع إلى ما قدمناه وعض عليه بالنواجذ (قوله على الجرح المجرد) الأولى الإتيان بالباء بدل على وفى نسخة المفرد ولا حاجة إليه بل زيادة محضة لأن الكلام فى التمثيل له (قوله بأنهم فسقة الخ) إنما لم تقبل لأن البينة إنما تقبل على ما يدخل تحت الحكم وفى وسع القاضى إلزامه والفسق مما لا يدخل تحت الحكم ، وليس فى وسع القاضى إلزامه لأنه بدفعه بالتوبة ، ولأن الشاهد صار بهذه الشهادة فاسقا لأن فيها إشاعة الفاحشة بلا ضرورة وهى حرام بالنص، والمشهود به لا يثبت بشهادة الفاسق ولا يقال فيه ضرورة وهى كف الظالم عن الظلم بأداء الشهادة الكاذبة ، وقد قال عليه الصلاة والسلام « انصر أخاك ظالما أو مظلوما » لأنه لا ضرورة إلى هذه الشهادة على ملأ من الناس ويمكنه كفه عن الظلم بإخبار القاضى بذلك سرا بحر . وفى القنية من الحدود : ولو قال له يا فاسق ثم أراد أن يثبت فسقه لا تقبل (قوله أو زناة) أى عادتهم الزنا أو أكل الربا أو الشرب وفى هذا لا يثبت الحد ، بخلاف ما يأتى من أنهم زنوا أو سرقوا منى الخ لأنها شهادة على فعل خاص موجب للحد هكذا ظهر لسيدى الوالد رحمه الله تعالى . قال ط : وهو فى الأول محمول على ما إذا كان السبب متقادما ، وفى الثانى على غير المتقادم ، والتقادم فى الشرب بزوال الريح فى غيره بشهر .

قال المقدسى : ويمكن أن يفرق بما هو أظهر من ذلك بأن قولهم شربة أو زناة أو أكلة ربا اسم فاعل وهو قد يكون بمعنى الاستقبال فلا يقطع بوصفهم بما ذكر ، بخلاف الماضى من قولهم شربوا أو زنوا أو نحوه اه بتصرف ، وهذا هو المتبادر من تخصيصهم فى التمثيل للأول باسم الفاعل وللثانى بالماضى ، فالظاهر أنه هو المراد والله تعالى أعلم . وفى الكلام الآتى مايفيد أنهم قالوا زنوا ووصفوه أو سرقوا منى كذا وبينه أو شربة خمر ولم يتقادم العهد اه فيحمل ماهنا على أنهم لم يقولوا ذلك اه .

قال الكمال : قد وقع فى صور عدم القبول أن يشهدوا بأنهم فسقة أو زناة أو شربة الخمر ، وفى صور القبول أن يشهدوا بأنه شرب أو زنى لأنه ليس جرحا مجردا لتضمنه دعوى حق الله تعالى وهو الحد ويحتاج إلى جمع وتأويل اه .

قال فى الشرنبلالية قلت : وبالله التوفيق الجمع بينهما والتأويل بما ذكره الزيلعى أن الشاهد إذا أطلق فى أنه زنى أو شرب الخمر أو سرق ولم يبين وقته لاتقبل للتقادم ، فيحمل مافى صور الجرح على هذا ، وإن بينه ولم يكن متقادما يقبل وعليه يحمل مافى صور القبول وهذه عبارته ، وما ذكره الخصاف أن الشهادة على الجرح المجرد مقبولة ، تأويله إذا أقامها على إقرار المدعى بذلك أو على التزكية ، وعلى هذا ماذكره فى الكافى وغيره من أن الشهود لو شهدوا أن الشهود زناة أو شربة خمر لم تقبل وإن شهدوا أنهم زنوا أو شربوا الخمر أو سرقوا تقبل يحمل الأول على أنه إذا كان متقادما وإلا فلا فرق بين قولهم زناة أو شربوا الخ اه فالمصنف تبع ماأول الزيلعى به كلامهم فتنبه (قوله أو على إقرارهم أنهم شهدوا بزور) الأحسن إفراد الضمير إعتراض بأنها شهادة باقرارهم الداخل تحت الحكم . وأجيب بأن فيه هتك الستر وبه يثبت الفسق والمشهود به لايثبت بشهادة الفاسق وفيه أن الشهادة على إقرار الشهود تكون حكاية للهتك عن قولهم فهو كالشهادة على إقرار المدعي بفسقهم أفاده

أو أنهم أجراء فى هذه الشهادة . أو أن المدعى مبطل فى هذه الدعوى . أو أنه لا شهادة لهم على المدعى عليه فى هذه الحادثة) فلا تقبل بعد التعديل بل.قبله درر واعتمده المصنف .

(وتقبل لو شهدوا على) الجرح المركب كـ (إقرار المدعى بفسقهم أو إقراره بشهادتهم بزور أو بأنه استأجرهم على هذه الشهادة) أو على إقرارهم أنهم لم يحضروا المجلس الذى كان فيه الحق عينى

الوانى ومثله فى الحواشى اليعقوبية (قوله أو أنهم أجراء فى هذه الشهادة) إنما لم تقبل لأنها شهادة على جرح مجرد والاستئجار وإن كان أمرا زائدا على الجرح ولكنه لاخصم فى إثباته إذ لاتعلق له بالأجرة بحر (قوله فلاتقبل الخ) هذا بعينه قد تقدم وزيادة عليه فهو تكرار محض وإنما لم تقبل هذه الشهادة بعد التعديل لأن العدالة بعد ماثبتت لاترتفع إلا بإثبات حق الشرع أو العبد كما عرفت وليس فى شىء مما ذكر إثبات واحد منهما . بخلاف ماإذا وجدت قبل التعديل لأنها كافية فى الدفع كما مر كذا قاله منلا خسرو وغيره.

فإن قلت : لانسلم أنه ليس فيما ذكر إثبات واحد منهما يعنى حق الله تعالى وحق العبد لأن إقرارهم بشهادة الزور أو شرب الخمر مع ذهاب الرائحة موجب للتعزير وهو هنا من حقوق الله تعالى . قلت : الظاهر أن مرادهم بما يوجب حقا لله تعالى الحد لاالتعزير لقولهم وليس فى وسع القاضى إلزامه لأنه يدفعه بالتوبة لأن التعزير حق الله تعالى يسقط بالتوبة ، بخلاف الحد لايسقط بها والله تعالى أعلم اه .

قلت : لكن صرح فى تعزير البحر أن الحق لله تعالى لايختص بالحد بل أعم منه ومن التعزير ، وصرح هناك أيضا بأن التعزير لايسقط بالتوبة إلا أن يقال مراده به ماكان حقا للعبد لايسقط بها تأمل (قوله على الجرح المركب) إنما كان مركبا بالنظر لما يترتب عليه من رد شهادتهم فكأنه هو وما يترتب عليه شيئان (قوله كإقرار المدعى بفسقهم) يعنى إذا شهد شهود المدعى عليه على المدعى أنه أقر أن شهودى فسقة تقبل لأنهم ماشهدوا بإظهار الفاحشة وإنما حكوا إظهارها عن غيرهم فلا يصيرون فسقة بذلك ، لأن المظهر والحاكى ليسا سواء والإقرار مما يدخل تحت الحكم ويقدر القاضى على الإلزام به لأنه لايرتفع بالتوبة .

قال فى البحر : لايدخل تحت الجرح ماإذا برهن على إقرار المدعى بفسقهم أو أنهم أجراء أو لم يحضروا الواقعة أو على أنهم محدودون فى قذف أو على رق الشاهد أو على شركة الشاهد فى العين ، ولذا قال فى الخلاصة للخصم أن يطعن بثلاثة أشياء : أن يقول هما عبدان أو محدودان فى قذف أو شريكان ، فإذا قال هما عبدان يقال للشاهدين أقيما البينة على الحرية وفى الآخرين يقال للخصم أقم البينة على أنهما كذلك اه فعلى هذا الجرح فى الشاهد إظهار مايخل بالعدالة لابالشهادة مع العدالة ، فادخال هذه المسائل فى الجرح المقبول كما فعل ابن الهمام مردود بل من باب الطعن كما فى الخلاصة .

وفى خزانة الأكمل لو برهن على إقرار المدعى بفسقهم أو بما يبطل شهادتهم يقبل ، وليس هذا بجرح وإنما هو من باب إقرار الإنسان على أنه اه وهذا لايرد على المصنف فكان على الشارح أن لا يذكر قوله الجرح المركب فإنها زيادة ضرر سيدى الوالد رحمه الله تعالى .

أقول : فقوله كاقرار المدعى الخ تنظير لا تمثيل ، إذا ليس فيه شهادة على جرح مركب بل لأنها تبطل شهادتهم بهذه الشهادة ، لأن فى إقرار المدعى اعترافا بأنه مبطل فى دعواه فتبطل دعواه فتبطل البينة عليها لأنها إنما تصح بعد صحة الدعوى قال فى الهداية : إلا إذا شهدوا على إقرار المدعى بذلك لأن الإقرار مما يدخل تحت الحكم اه . وأما لو شهدوا على إقرار الشهود بأنهم شهدوا زورا أو أنهم أجراء أو أن المدعى مبطل فإنه جرح

(أو أنهم عبيد أو محدودون فى قذف) أو أنه ابن المدعى أو أبوه عناية أو قاذف والمقذوف يدعيه (وأنهم زنوا ووصفوه أو سرقوا منى كذا) وبينه (أو شربوا الخمر ولم يتقادم العهد) كما مر فى بابه أو قتلوا النفس عمدا عينى (أو شركاء المدعى) أى والمدعى مال (أو أنه استأجرهم بكذا لها) للشهادة (وأعطاهم ذلك مما كان لى عنده) من المال ، ولو لم يقله لم تقبل لدعواه الاستئجار لغيره ولا ولاية له عليه

مجرد لا يبتنى عليه حق لله تعالى ولا حق عبد فلا تقبل . وأما إذا شهدوا أنهم قالوا لا شهادة لنا فإنهم لو صرحوا به ثم شهدوا تقبل شهادتهم كما سيذكره المصنف (قوله أو أنهم عبيد) أى إذا أقام البينة أنهم عبيد لأن الرق حق لله تعالى قهستانى ، ولا يتوقف الطعن بالرق على دعوى سيدهما ، وإثباته لا ينحصر فى الشهادة بل إذا أخبر القاضى برقهما أسقط شهادتهما والأحسن أن يكون بالشهادة وإذا سألهما القاضى فقالا أعتقنا سيدنا وبرهن ثبت عتق السيد فى غيبته فإذا حضر لا يلتفت إلى إنكاره ط عن خز نة الأكمل . قال الرحمتى : وأما كونهم عبيدا فلما أنه يثبت الرق وهو ضعف حكمى أثره فى سلب الولاية وهو حق الله تعالى فكان جرما مركبا (قوله أو محدودون فى قذف) لأن من تمام حده رد شهادته وهو من حقوق الله تعالى كما تقدم ، وإنما قبلت لأنها ليس فيها إشاعة فاحشة لأن الإظهار حصل بالقضاء وإنما حكوا إظهار الفاحشة عن الغير كما فى البحر عن الكافى (قوله أو إنه ابن المدعى) أو مماوكة أو أحد الزوجين لأنه من قبيل الدفع بالتهمة ليس فيه إظهار فاحشة (قوله أو قاذف الخ) إنما قبلت لأنها توجب حق الله تعالى وهو الحد قهستانى (قوله والمقذوف يدعيه) أشار به أن ما كان فيه حق العبد لا تقبل فيه إلا بعد دعوى صاحب الحق (قوله أو أنهم زنوا ووصفوه الخ) ذكر المصنف الزنا والشرب فى كل من صور الجرح المجرد وغيره وحمله ما قدمناه قريبا عند قوله أو زناة فلا تغفل . قال ط : وفيه أن هذه شهادة اثنين وهى توجب القذف عليهما ولا توجب حقا لله تعالى ولا للعبد إلا أن يفرض أن الشهود أربعة (قوله ولم يتقادم العهد) بأن لم يزل الريح فى الخمر ولم يمض شهر فى الباقى قيد بعدم التقادم إذ لو كان متقادما لا تقبل لعدم إثبات الحق به لأن الشهادة بحد متقادم مردودة منح ، وما ذكره المصنف بقوله ولم يتقادم العهد وفق به الزيلعى بين جعلهم زناة شربة الخمر من المجرد وجعلهم زنوا أو سرقوا من غيره : أى المجرد .

ونقل عن المقدسى أن الأظهر أن قولهم زناة أو فسقة أو شربة خمر أو أكلة ربا اسم فاعل إلى آخر ما قدمناه عنه قريبا فلا تنساه (قوله كما مر فى بابه) أى فى باب حد الشرب (قوله أو قتلوا النفس عمدا) فيه أن هذه شهادة لا توجب حقا لله تعالى ولا للعبد لعدم تعين ولى الدم ولاحتمال أنه قتل عمدا بحق كان قتل المقتول ولى القاتل ، أما إذا تعين ولى الدم وكان القتل بغير حق والولى يدعيه فإنها تقبل : أى شهادة الجرح (قوله أو شركاء المدعى والمدعى مال) يشتركون فيه ، والمراد أن الشاهد مفاوض ؛ فهما حصل من هذا الباطل يكون له فيه منفعة لا أن يراد أنه شريكه فى المدعى به وإلا كان إقرارا بأن المدعى به لهما فتح ومثله فى القهستانى وما فى البحر من حمله على الشركة عقدا يشمل بعمومه العنان ولا يلزم منه نفع الشاهد فكأنه سبق قلم ، وعلى ما قلنا فقول الشارح والمدعى مال : أى مال تصح فيه الشركة ليخرج نحو العقار وطعام أهله وكسوتهم مما لا تصح فيه (قوله وأعطاهم ذلك مما كان لى عنده) أى ليصلح أن يكون مدعيا لماله ، والظاهر أن يقول وأنا أطلب منهم ذلك لتصح دعواه كما سيأتى فى المسألة التى بعدها (قوله لدعواه الخ) علل الزيلعى عدم القبول إذا ادعى أنه أعطاهم من ماله بقوله لأن دعواه صحيحة ، لما فيه من وجوب رد المال على المشهود عليه وهو مما يدخل تحت الحكم ، ولو لم يقله لا تقبل الشهادة لأن الدعوى غير صحيحة فكان جرحا مجردا لأنه

(أو أنى صالحتهم على كذا ودفعته إليهم) أى رشوة وإلا فلاصلح بالمعنى الشرعى ، ولو قال ولم أدفعه لم تقبل (على أن لا يشهدوا على زورا) و (قد شهدوا زورا وأنا أطلب ما أعطيتهم) وإنما قبلت فى هذه الصور لأنها حق الله تعالى أو العبد فمست الحاجة لإحيائها.

(شهد عدل فلم يبرح) عن مجلس القاضى ولم يطل المجلس ولم يكذبه المشهود له (حتى قال أوهمت) أخطأت (بعض شهادتى ولا مناقضة قبلت) شهادته

لم يدّع قبله حقا يمكن القضاء به . ودعوى الاستئجار وإن كانت صحيحة لكنه يدعيها لغيره ، وليس له ولاية إلزام غيره لغيره اه ط (قوله أو أنى صالحتهم على كذا) أى شهدوا على قول المدعى أنى صالحتهم الخ .

قال فى البحر : وكذا إذا ادعى أجنبى أنه دفع لهم كذا لئلا يشهدوا على فلان بهذه الشهادة وطلب رده وثبت إما ببينة أو إقرار أو نكول فإنه يثبت به فسق الشاهد فلا تقبل شهادته وقيد بدفع المال ، ومفهومه لو ادعى المدعى أنه استأجرهم لئلا يشهدوا عليه ولم يدع دفع المال فأقروا لم تسقط العدالة وبه صرح الشارحون (قوله ودفعته إليهم أى رشوة) أى لدفع ظلمهم وأقام على ذلك بينة فشهدت على مقالته (قوله وإلا فلا صلح بالمعنى الشرعى) كما فى الحواشى السعدية . ولو قال أو شهدوا بأنه صالحهم على كذا الخ لكان أولى (قوله شهد عدل) أى ثابت العدالة عند القاضى أو سأل عنه فعدل ، وهو احتراز عن المستور لا عن الفاسق فإنه لا شهادة له بحر (قوله فلم يبرح) أى لم يفارق مكانه : وليس المراد كونه على الفور بل ما لم يبرح عن مكانه أشار إليه بقوله يعنى بعد ما شهد تذكر . لأنه لو قام لم يقبل منه ذلك لجواز أنه غره الخصم بالدنيا (قوله ولم يطل المجلس) هكذا جعل فى المحيط إطالة المجلس كالقيام عنه ، وهو رواية هشام عن محمد بحر (قوله ولم يكذبه المشهود له) قيد به تبعا للمحيط . لأنه إذا كذبه لا تقبل شهادته (قوله حتى قال أوهمت) أو شككت أو غلطت أو نسيت : أى أخطأت لنسيان عرانى بزيادة باطلة . بأن كان شهد بألف فقال إنما هى خمسمائة أو بنقص بأن شهد بخمسمائة فقال أوهمت إنما هى ألف جازت شهادته : وإذا جازت فبماذا يقضى قيل: بجميع ما شهد به لأن ما شهد به صار حقا للمدعى على المدعى عليه فلا يبطل حقه بقوله أوهمت ، ولابد من دعوى المدعى الزيادة بأن يدعى المدعى ألفا وخمسمائة فيشهد بألف ثم يقول أوهمت إنما هو ألف وخمسمائة لاترد شهادته بألف وخمسمائة . وعبارة العناية تفيد أنه لا يقضى بالزيادة . وقيل بما بقى فقط وإليه مال شمس الأئمة السرخسى .

وروى الحسن عن أبى حنيفة إذا شهد شاهدان لرجل بشهادته ثم زاد فيها قبل القضاء أو بعده . وقالا أوهنا وهما غير متهمين قبل منهما . وظاهر هذا أنه يقضى بالكل كذا فى الفتح وبه يعلم أنه لافرق بين كونه قبل القضاء أو بعده وبه صرح .

قال : وذكر فى النهاية أن الشاهد إذا قال أوهمت فى الزيادة أو فى النقصان يقبل قوله إذا كان عدلا ، ولا يتفاوت بين أن يكون قبل القضاء أو بعده ، رواه الحسن عن أبى حنيفة وبشر عن أبى يوسف اه . وظاهر الخانية أن عليه الفتوى (قوله أخطأت) قال فى البحر : معنى قوله أوهمت أخطأت بنسيان ماكان يحق على ذكره أو بزيادة كانت باطلة ولو قال . تعمدت ولم أغلط ثم بدا لى فرجعت كان ذلك رجوعا عن شهادة .

قال السائحانى : فيعاقبه القاضى ولايقبل منه الثانى ولاغيره حتى يحدث توبة (قوله بعض) منصوب على نزع الخافض أى فى بعض شهادتى يعقوبية ، وفى قوله بعض يفيد أنه لو قال أوهمت الحق إنما هو لفلان آخر لا لهذا لم يقبل بحر (قوله ولامناقضة) كما إذا قال هو لفلان ثم قال لفلان آخر (قوله قبلت شهادته) لأنه قد يبتلى بالغلط

بجميع ما شهد به لو عدلا ولو بعد القضاء وعليه الفتوى خانية وبحر :

قلت لكن عبارة الملتقى تقتضى قبول قوله أوهمت وأنه يقضى بما بقى وهو مختار السرخسى وغيره ، وظاهر كلام الأكمل وسعدى ترجيحه فتنبه وتبصر

لمهابة مجلس القاضى فوضح العذر فيقبل إذا تداركه فى أوانه ط .(قوله بجميع ماشهد به) لأنه صار حقا للمشهود له فلا يبطل بقوله أوهمت ، واختاره فى الهداية ، وقيل يقضى بما بقى إن تداركه بنقصان وإن بزيادة يقضى بها إن ادعاها المدعى لأن ما يحدث بعدها قبل القضاء يجعل كحدوثه عندها ، وإليه مال السرخسى ، واقتصر عليه قاضيخان وعزاه إلى الجامع الصغير ومثله فى البحر .

قال : وعليه فمعنى القبول العمل بقوله الثانى ، ومشى على هذا فى الملتقى ومن هنا يعلم أن الشارح كان الأولى له أن يحرر هكذا لا أن يستدرك بقول على قول : وأيضا الذى فى الخانية ، والفتوى على مافى المجرد وهو بعينه ما فى الملتقى بزيادة أو بعد ما قضى فقد أساء التحرير أيضا ، وأيضا فى الخانية لم يقيد هذا بما إذا لم يبرح بل أطلقه ، ونقل قبل ما فى المجرد عن الجامع الصغير وصدّر به أنه إذا شهد ولم يبرح حتى قال أوهمت بعض شهادتى إن كان عدلا جازت شهادته فيما بقى وإن برح لا تقبل شهادته وكذا لو نسى بعض الحدود أو بعض النسبة ثم تدارك فى مجلسه جازت شهادته إذا كان عدلا (قوله لو عدلا) تكرار مع المتن (قوله ولو بعد القضاء) ولايضمن إذا رجع بعده جزما معراج (قوله وعليه الفتوى) أى على القبول بعد القضاء (قوله لكن عبارة الملتقى) لا معنى للاستدراك بعبارته ، والخلاف صريح بين أهل المذهب كما علمت (قوله قبول قوله أوهمت) لأن ما حدث بعدها قبل القضاء يجعل كحدوثه عندها كما قدمناه قريبا (قوله بما بقى) أى أو بما زاد كما صرح به غيره كما علمت مما سبق قريبا (قوله وظاهر كلام الأكمل وسعدى ترجيحه) واقتصر عليه قاضيخان . والتعاليل المتقدمة تظهر عليه (قوله فتنبه وتبصر) فى كلام الشارح عفى عنه فى هذا المقام نظر من وجوه :

الأول : أن قوله ولو بعد القضاء ليس فى محله لأن الضمير فى قول المصنف قبلت راجع إلى الشهادة كما نص عليه فى المنح وهو مقتضى صنيعه هنا ، وحينئذ فلا معنى لقبولها بعد القضاء بل الصواب ذكره بعد عبارة الملتقى .

الثانى أنه لا محل للاستدراك هنا لأن فى المسئلة قولين ، ولا يقبل الاستدراك بقول على آخر إلا أن يعتبر الاستدراك بالنظر إلى ترجيح الثانى .

الثالث أن قوله وكذا لو وقع الغلط فى بعض الحدود أو النسب يقتضى أنه مفرع على القول المذكور فى المتن وليس كذلك .

الرابع أنه يقتضى أنه لايقبل قوله بذلك وليس كذلك . وعبارة الزيلعى تدل على ما قلنا من أوجه النظر المذكورة حيث قال : ثم قيل يقضى بجميع ما شهد به أولا ، حتى لو شهد بألف ثم قال غلطت فى خمسمائة يقضى بالألف لأن المشهود به أولا صار حقا للمدعى ووجب على القاضى القضاء به فلا يبطل برجوعه ، وقيل يقضى بما بقى لأن ما حدث بعد الشهادة قبل القضاء كحدوثه عند الشهادة ، ثم قال : وذكر فى النهاية أن الشاهد إذا قال أوهمت فى الزيادة أو فى النقصان يقبل قوله إذا كان عدلا ، ولا يتفاوت بين أن يكون قبل القضاء أو بعده رواه عن أبى حنيفة ، وعلى هذا أى على اعتبار المجلس فى دعوى التوهم لو وقع الغلط فى ذكر بعض حدود العقار ، كما لو ذكر الشرقى مكان الغربى أو بالعكس أو فى بعض النسب ، كما لو ذكر محمد بن أحمد بن عمر بدل محمد

(وإن) قاله الشاهد (بعد قيامه عن المجلس لا) تقبل على الظاهر احتياطا ، وكذا لو وقع الغلط فى بعض الحدود أو النسب هداية (بينه أنه) أى المجروح (مات من الجرح أولى من بينة الموت بعد البرء) .

ولو (أقام أولياء مقتول بينة على أن زيدا جرحه وقتله وأقام زيد بينة على أن المقتول قال إن زيدا لم يجرحنى ولم يقتلنى فبينة زيد أولى من بينة أولياء المقتول) مجمع الفتاوى (وبينة الغبن) من يتيم بلغ (أولى من بينة كون القيمة) أى قيمة ما اشتراه من وصيه

ابن على بن عمر ثم تذكر تقبل لأنه قد يبتلى به فى مجلس القضاء ، فذكره ذلك للقاضى دليل على صدقه واحتياطه فى الأمور أى إن تداركه قبل البراح عن المجلس قبلت وإلا فلا كما فى العناية تأمل اه (قوله لا تقبل) لجواز أنه غره الخصم بالدنيا ، وقيد فى الهداية والزيلعى شرط عدم البراح بما إذا كان موضع شبهة كالزيادة والنقصان فى قدر المال وإلا فلا بأس بإعادة الكلام وإن برح عن المجلس مثل أن يترك لفظ أشهد أو اسم المدعى أو المدعى عليه أو الإشارة إلى أحد الخصمين وما يجرى مجراه شرنبلالية ، لأن تعيين المحتمل وتقييد المطلق يصح من الشاهد ولو بعد الافتراق كما فى البزازية والخانية وإنما يتصور ذلك قبل القضاء لأن لفظ الشهادة وبيان اسم المدعى والمدعى عليه والإشارة إليهما شرط القضاء اه . وعن أبى حنيفة وأبى يوسف أنه يقبل فى غير المجلس أيضا إذا كان عدلا والظاهر ما ذكرناه اه .

(أقول) التقييد بالزيادة والنقصان فى قدر المال يشترط فيه المجلس وعدم البراح ، بخلاف ما ذكر بعده (قوله فى بعض الحدود أو النسب) فإن كان الشاهد عدلا ولم يبرح عن مجلس القاضى ولم يطل المجلس ولم يكذبه المشهود له ولم تكن مناقضة قبلت وإلا لا ، والمراد بالحدود حدودا لدار مثلا كما قدمناه لأنه قد يبتلى بالغلط فى مجلس القاضى .

وفى البزازية : ولو غلطوا فى حد أو حدين ثم تداركوا فى المجلس أو غيره يقبل عند إمكان التوفيق بأن يقولوا كان اسمه فلانا ثم صار اسمه فلانا أو باع فلانا واشتراه المذكور ط .

(أقول) : وكذا إذا وفق بأن قال له اسمان كما فى دعوى التنقيح .

والحاصل أن الظاهر الأول أى التقييد بالمجلس وعدم البراح عنه هو ظاهر الرواية ، فعلم أن ما فى البزازية ليس على إطلاقه إن لم يحمل على خلاف ظاهر الرواية كما أفاده سيدى الوالد رحمه الله تعالى (قوله أولى من بينة الموت بعد البرء) يعنى تقدم عليها وكأنه لأن فيها إسنادا إلى السبب ، الظاهر وهذا موافق لما فى القنية من باب البينتين المتضادتين وتبعه فى البحر فى باب الاختلاف فى الشهادة لكن فى آخر كتاب الدعوى من الخلاصة أقاما البينة هذا على الصحة وهذا على الموت بالضرب فبينة الصحة أولى وكذا فى البزازية ومشتمل الأحكام ، وبه أفتى المولى أبو السعود كما فى تعارض البينات للشيخ غانم ، وكان الأولى ذكر هذه ونحوها فى باب ما يدعيه الرجلان أواخر باب الاختلاف فى الشهادة تذييلا كما لا يخفى ولكن ذكر ههنا الأدنى ملابسة (قوله لم يجرحنى ولم يقتلنى) لا يقال بينة زيد على النفى لأنها أقيمت على القول (قوله وبينة الغبن) على مشتر من وصى يتيم (قوله من يتيم بلغ) متعلق ببينة (قوله أولى من بينة كون القيمة الخ) وهى بينة المشترى هذا إذا اجتمعتا عند الحاكم وشهدتا على نحو ماذكر أما لو قضى بإحداهما أولا بطلت الأخرى ، وقد أفتى بذلك الشلبى وهى فى فتاويه مستدلا بمسألة مالو شهد بقتل زيد يوم النحر بمكة وآخران بقتله بالكوفة فراجعه إن شئت كذا فى الحواشى الخيرية (قوله ما اشتراه) أى المدعى عليه المعلوم من المقام وهو المشترى (قوله من وصيه) أى وصى اليتيم وكذا من أبيه كذا أفاده سيدى

فى ذلك الوقت (مثل الثمن) لأنها تثبت أمرا زائد أو لأن بينة الفساد أرجع من بينة الصحة درر خلافا لما فى الوهبانية ، أما بدون البينة فالقول لمدعى الصحة منية (وبينة كون المتصرف) فى نحو تدبير أو خلع أو خصومة

الوالد رحمه الله تعالى ، ويظهر لحل العبارة وجه آخر . وهو أن يقال ما اشتراه من وصيه من مال اليتيم على ما صور المسئلة مؤيد زاده عن الحاوى بقوله : وصى باع كرم الصغير وادعى غبنا وأقام بينة وأقام المشترى بينة أن ثمن الكرم فى ذلك الوقت مثل الثمن فبينة الغبن أولى اه .

(أقول) لكنه يحتاج إلى تقدير لفظ وصى عند قول الشارح السابق من يتيم أى من وصى يتيم ، لكن يعكر على هذا التقدير لفظ بلغ كما مثل به المصنف فى منحه فيكون على عبارة الشارح أن الدعوى حصلت من اليتيم عند بلوغه كما فسره المصنف عازيا للعمادية ، ويؤيده ما فى جامع الفتاوى : ولو ادعى الابن بعد بلوغه الغبن بحكم الحال لو لم تكن المدة قدر ما يتغير السعر وإلا يصدق المشترى وبينه الزيادة أولى اه وحينئذ فلا غبار على عبارة الشارح فافهم (قوله فى ذلك الوقت) أى وقت العقد وهو ظرف القيمة ح (قوله خلافا لما فى الوهبانية) أقول : ليس فى الوهبانية سوى مسئلة الكره والطوع ، وقدم بينة الطوع على الكره وبينة الطوع على بينة الصحة وغير بيتها العلامة عبد البر فقال :

وبينتا كره وطوع أقيمتا فتقديم ذات الكره صحح الأكثر

قال الشرنبلالى : ونقل الشارح اختلف فى الصحة والفساد فالبينة بينة من يدعى الفساد باتفاق الروايات فتأمل

قال المصنف فى منحه : وفى القنية ادعى عليه محدودا فى يده إرثا من أبيه وأقام ذو اليد البينة أنه اشتراه من وصيه بمثل القيمة وأقام المدعى البينة أن القيمة زائدة على ما أثبت ذو اليد فقبول البينة المثبتة للزيادة أولى اه . وقال كثير منهم المثبتة لقلة الزيادة أولى اه وقد اعتمد فى النظم الوهبانى ما عليه الأكثر من تقديم البينة المثبتة لقلة الزيادة وحكى ما عن العمادية بصيغة قيل . وقال شيخ الإسلام فى شرحه : والظاهر عندى رجحان قبول بينة الزيادة الذى جزم به فى العمادية ويرشد إليه كلام القنية والنظم مشعر بخلافه اه .

وفى البزازية : ولو شهدوا أن الحاكم باع مال اليتيم وقيمته أكثر يفسخ (قوله أما بدون البينة الخ) قال عبدالبر : إذا اختلف المتبايعان أحدهما يدعى الصحة والآخر يدعى الفساد فالقول قول مدعى الصحة والبينة بينة من يدعى الفساد باتفاق الروايات كما قدمناه قريبا (قوله منية) لعلها قنية لأنى لم أجد المسئلة فى المنية ورأيتها فى مؤيد زاده معزوة للقنية (قوله وبينة كون المتصرف فى نحو تدبير الخ) أى أو بيع كما فى دعوى القنية ، يعنى إذا أقامت الأمة بينة أن مولاها دبرها فى مرض موته وهو عاقل وأقامت الورثة بينة أنه كان مخلوط العقل فبينة الأمة أولى ، وكذا إذا خلع امرأته ثم أقام الزوج بينة أنه كان مجنونا قبل الخلع وأقامت بينة على كونه عاقلا حينئذ أو كان مجنونا وقت الخصومة فأقام وليه بينة أنه كان مجنونا والمرأة على أنه كان عاقلا فبينة المرأة أولى فى الفصلين كذا فى الدرر ، لكن قال الشيخ غانم البغدادى فى ترجيح البينات : بينة كون البائع معتوها أولى من بينة كونه عاقلا وبينة العقل أولى من كونه مجنونا وقت الخلع ، وبينة كون المتصرف عاقلا أولى من بينة كونه مجنونا .

قال فى البحر : برهنت الأمة على أنه دبرها فى مرض موته وهو عاقل وبرهنت الورثة على أنه كان مخلوط العقل فبينة الأمة أولى وكذا الخلع اه .

قال فى مخزن النوادر : ولو ظهر جنونه وهو مفيق يجحد الإفاقة وقت بيعه فالقول له ؛ وبينة الإفاقة أولى

(ذا عقل أولى من بينة) الوارثة مثلا (كونه مخلوط العقل أو مجنون) ولو قال الشهود لاندرى كان فى صحة أو مرض فهو على المرض ؛

من بينة الجنون . وعن أبى يوسف : إذا ادعى شراء الدار فشهد شاهدان أنه كان مجنونا عندما باعه وآخران أنه كان عاقلا فبينة العقل وصحة البيع أولى .

وفى الأشباه : اختلفا فى كون الإقرار للوارث فى الصحة أو فى المرض فالقول لمن ادعى أنه فى المرض أو فى كونه فى الصغر أو البلوغ فالقول لمن ادعى الصغر ، وكذا لو طلق أو أعتق ثم قال كنت صغيرا فالقول له ؟ وإن أسند إلى حال الجنون ، فإن كان معهودا قبل وإلا فلا .

وفى جامع الفتاوى : بينة العته أولى لكنها مخالفة للمتن موافقة للشيخ غانم ولذا عزاها فى هذا الجامع لبعض الفتاوى ولم يعين .

وفى القنية : بينة العقل أولى من بينة العته أو الجنون فى البيع اه :

أقول : ولعل فى المسألة قولين بناء على أن ظاهر الحال من الإنسان هو المرض أو الصحة ، فمن قال المرض رجح بينة الصحة ، ومن قال الصحة رجح بينة المرض لأن البينات شرعت لإثبات خلاف الظاهر . والذى ينبغى التعويل عليه هو الأول ، حيث أطبقت النقول كما سمعت على ترجيح بينة العقل إلا ماندر والفتوى على ماعليه الأكثر ، وممن أفتى بذلك مطلقا المرحوم على أفندى مفتى الديار الرومية بنص العته أول ترجيح البينات من فتاويه . وماوقع فى ترجيح البينات للشيخ غانم فى البيوع فقد ذكر خلافه هو أول كتاب الطلاق وقال : الأصل فى ذلك : إن بينة كون المتصرف عاقلا أولى من بينة كونه مجنونا أو مخلوط العقل اه . والعته : نقص العقل كما فى المصباح ، على أنه قد استدرك الشيخ غانم نفسه على هذه الرواية كما فى بعض النسخ فلا تعارض مافى المعتبرات ، فاغتنم هذا التحرير الذى لاتجده إلا بعد التنقير ثم بعد كتابتى لهذا المحل رأيت فى المحبية آخر الشهادات :

بينة الغبن بلا اشتباه ... قدم كذا بينة الإكراه
قدّم على الطوع وإن شخصان ... جا آلدى القاضى يشهدان
وآخران أنه قد كانا ... مخلوط عقل ذلك الزمانا
أو كان مجنونا لأولى الأولى ... والحكم هكذا أتى منقولا

وفى ترجيح البينات من نور العين عند ذكره أن الأصل فى ترجيح البينات بين العقل وكونه مجنونا أو معتوها أن بينة العقل أولى . وقال بعد ذلك مانصه : يقول الحقير : وفى جامع الفتاوى باع أرضا فادعى أخوه على المشترى أن البائع معتوه وأنا وصيه فيها وقال المشترى بل هو عاقل وبرهنا فبينة المعتوه أولى اه وهذا غير موافق لما مر آنفا فلعل فى المسألة روايتين اه فظهر من هذا أن من قال بتقديم بينة العته ، فقد مشى على مافى جامع الفتاوى غير أن أكثر الكتب على خلافه كما ظهر مما ذكر من النقول ، والله تعالى أعلم (قوله أولى من بينة كونه مخلوط العقل أو مجنونا) لأن الورثة يدعون أمرا عارضا وهو تغير العقل وهو ينكره فالقول للمنكر عند عدم البينة (قوله ولو قال الشهود) أى بطلاق وعتاق منح أى والمدعى يدعى الصحة والمدعى عليه يدعى المرض (قوله لاندرى كان فى صحة أو مرض فهو على المرض) أى لأن تصرفه أدنى من تصرف الصحة فيكون متيقنا ، ولأن الحادث يضاف إلى أقرب أوقاته فلما ترددوا حمل على الأقرب . أما لو اختلفوا فبينة الصحة مقدمة ، كما

ولوقال الوارث كان يهذى يصدق حتى يشهد أنه كان صحيح العقل بزازيه .

(وبينة الإكراه) فى إقراره (أولى من بينة التطوع إن أرخا واتحد تاريخهما : فإن اختلفا أو لم يؤرخا فبينة التطوع أولى) ملتقط وغيره ،

لو ادعى الزوج بعد وفاتها أنها كانت أبرأته من الصداق ال صحتها وأقام الوارث بينة أنها أبرأته فى مرض موتها فبينة الصحة أولى ، وقيل بينة الورثة أولى كما فى جامع الفتاوى ومشتمل الأحكام .

وفى الجامع أيضا : ولو أقر الوارث ثم مات فقال المقر له أقر فى صحته وقال بقية الورثة فى مرضه فالقول للورثة والبينة للمقر له ، وإن لم يقم بينة وأراد استحلافهم له ذلك .

ادعت المرأة البراءة عن المهر بشرط وادعاها الزوج مطلقا وأقام البينة فبينة المرأة أولى ، إن كان الشرط متعارفا يصح الإبراء معه ، وقيل البينة من الزوج أولى ، ولو أقامت المرأة بينة على المهر على أن زوجها كان مقرا به إلى يومنا هذا وأقام الزوج بينة أنها أبرأته من هذا المهر فبينة البراءة أولى، وكذا بينة الدين لأن بينة مدعى الدين بطلت لإقرار المدعى عليه بالدين ضمن دعواه البراءة كشهود بيع وإقالة ، فإن بينتها لم يبطلها شىء وتبطل بينة البيع لأن دعوى الإقالة إقرار به (قوله فهو على المرض) لم يذكر ماإذا اختلفا فى الصحة والمرض .

وفى الأنقروى : ادعى بعض الورثة أن المورث وهبه شيئا معينا وقبضه فى صحته وقالت البقية كان فى المرض فالقول لهم ، وإن أقاموا البينة فالبينة لمدعى الصحة ، ولو ادعت أن زوجها طلقها فى مرض الموت ومات وهى فى العدة وادعى الورثة أنه فى الصحة فالقول لها ، وإن برهنا وقتا واحدا فبينة الورثة أولى (قوله ولو قال الوارث الخ) هذا مطلق شامل لكل دعوى إلا أنه لم يذكر فيه تعارض البينتين (قوله كان يهذى) الظاهر أن المراد أنه كان مختلط العقل للمقابلة . وذكر البيرى أنهما إذا اختلفا فى الجد والهزل فالقول لمدعى الهزل إلا أن يعطيه بعض الثمن فلا تسمع دعوى الهزل اه (قوله وبينة الإكراه) قال فى البحر : تعارضت بينة الإكراه والطوع فى الإجارة فبينة الطواعية أولى ، وإن قضى ببينة الإكراه فى الإجارة نفذ ، وإن تعارضت بينة البيع صحيحا أو مكرها فقولان اه . قال الحموى : والذى يظهر أن الأصح العمل ببينة المكره لأنه يدعى خلاف الظاهر والبينة لمن يدعيه ويؤيده ما سيصرح به قريبا تأمل (قوله فى إقراره) وكذا فى البيع والإجارة والصلح على ما فى الأشباه. قال الباقانى : تعارضت بينة الإكراه والطوع فى البيع والصلح والإقرار فبينة الإكراه أولى اه وعزاه إلى الخانية . وفيها وهو الصحيح من الجواب ، وكذا فى ترجيح البينات .

قال سيدى الوالد فى تنقيحه : لو أثبت إقرار إنسان بشىء طائعا فأقام المدعى عليه بينة أنى كنت مكرها فى ذلك الإقرار فبينة الإكراه أولى لأنها تثبت خلاف الظاهر وهو الأصح كما فى الفصول العمادية ، وعليه الفتوى كما فى الخلاصة اه .

قال فى البزازية عن الملتقط : ادعى عليه الإقرار طائعا وبرهن على ذلك وبرهن المدعى عليه أن ذلك الإقرار كان بالكره فبينة المدعى عليه أولى ، وإن لم يؤرخا أو أرخا على التعاقب فبينة المدعى أولى اه .

وفى التتارخانية من الدعوى فى الفصل الثالث والعشرين معزيا للناصرى : ولو ادعى الإقرار طائعا فأقام المدعى عليه بينة أنه كان هذا الإقرار بذلك التاريخ عن إكراه فالبينة بينة المدعى عليه ، وإن لم يؤرخا أو أرخا على التفاوت فالبينة للمدعى اه (قوله واتحد تاريخهما) لعل وجهه أنهما إذا أرخا واتحد التاريخ كان الإقرار واحدا ، والظاهر الطوع فيعمل به عندعدم البينة لأنها لإثبات خلاف الظاهر تأمل (قوله فإن اختلفا أو لم يؤرخا فبينة الطوع أولى) لعل وجههما أنه إذا اختلف التاريخ كانا إقرارين أحدهما بالطوع والآخر بالإكراه ، وإن لم

واعتمده المصنف وابنه وعزمى زاده .

[فروع] بينة الفساد أولى من بينة الصحة شرح وهبانية .

وفى الاشباه اختلف المتبايعان فى الصحة والبطلان فالقول لمدعى البطلان وفى الصحة والفساد لمدعى الصحة إلا فى مسألة الإقالة .

يؤرخا احتمل التعدد فيعمل ببينة الطوع فيهما ، والله تعالى أعلم .

والظاهر أن هذا توفيق بين القولين ، قال الشرنبلالى فى شرحه على الوهبانية : تعارضت بينة الطوع والكره فبينة الطوع أولى، ولو قضى القاضى ببينة الإكراه ينفذ قضاؤه إن عرف الخلاف . وقال أبو حامد: بينة الإكراه أولى .

ونقل المصنف لو اختلفا فى الصلح والإقرار كان القول قول من يدعى الطوع والبينة بينة الآخر فى الصحيح من الجواب . وفى العمادية بينة الإكراه أحق بالقبول لأنها تثبت خلاف الظاهر اه .

وفى فتاوى مؤيد زاده : اجتمعت بينة الإكراه على البيع وبينة الطواعية . روى عن أبى يوسف : أن بينة الإكراه أولى وإليه ذهب بعض مشايخنا . وقال بعض المتأخرين : الطواعية أولى ، وعزاه للوجيز ثم قال : لو ادعى أحدهما الإقرار بدين كذا طائعا والآخر مكرها فالقول لمن يدعى الطواعية والبينة لمن يدعى الإكراه قاضيخان .

قال المصنف فى منحه أقول : كلامه يقتضى أن بينة الإكراه إنما تقدم على بينة الطوع عند التعارض ، وأما إذا لم يحصل التعارض فبينة الطوع أولى فتكون المسألة ثلاثية ، وهى إما أن يؤرخا أولا ، فإن كان الأول وهو ما إذا أرخا فإما أن يتحد التاريخ أو يختلف ، فإن كان الأول فبينة الإكراه أولى ، وإن كان الثانى وهو ما إذا اختلف التاريخ أو لم يؤرخا فبينة الطوع أولى اه .

[تتمة] قال فى العمادية : لا حاجة فى دعوى الإكراه إلى تعيين المكره كما لا حاجة فى دعوى السعاية إلى تعيين العوان ، وقيل لابد من تعيين العوان والأول أصح اه .

[فائدة] بينة الحرية مقدمة على غيرها لأنها تثبت أمرا زائدا وهو ولاية التصرف وأهلية الشهادة وغير ذلك كما فى جامع الفصولين .

[فائدة أخرى] بينة الرجوع عن الوصية أولى من بينة كونه موصيا مصرا إلى الوفاة حامدية عن أبى السعود .

أقول : وهذا إذا لم يقض بالبينة الأولى ، فإن قضى بالوصية وأقيمت بينة أخرى على الرجوع لا تقبل الشهادة ولا الدعوى لأنها تتضمن نقض القضاء ، والقضاء يصان عن الإلغاء ما أمكن كما قدمناه عن شرح الزيادات فى هذا الباب فراجعه ، وانظر ما سنذكره آخر الباب (قوله واعتمده المصنف) حيث أقره (قوله بينة الفساد) تكرار مع مسألة الغبن المتقدمة (قوله فالقول لمدعى البطلان) لأنه منكر للعقد ، والظاهر أن البينة بينة الصحة لأنها أكثر إثباتا فإن بينة البطلان لم تفد أمرا جديدا حموى ، ومثله فى شرح المجمع لابن ملك عن الفتاوى الصغرى (قوله لمدعى الصحة) مفاده أن البينة بينة الفساد ، لأن مدعى الفساد يدعى أمرا زائدا وهو المفسد كالشرط الفاسد ، ومدعى الصحة ينكره والقول للمنكر أيضا ، وهذا باتفاق الروايات إن كان يدعى فسادا بشرط فاسد أو أجل فاسد ، وإن كان يدعى فسادا فى صلب العقد بأن ادعى الشراء بألف ورطل من خمر وأنكر الآخر فيه روايتان وظاهر الرواية عنه كالأول (قوله إلا فى مسألة الإقالة) كما تقدم فى بابها .

وفى الملتقط اختلفا فى البيع والرهن فالبيع أولى .

اختلفا فى البتات والوفاء فالوفاء أولى استحسانا شهادة قاصرة يتمها غيرهم تقبل كأن شهد بالدار بلا ذكر

وهى : لوادعى المشترى أنه باع المبيع من البائع بأقل من الثمن قبل النقد وادعى البائع الإقالة فالقول للمشترى مع أنه يدعى فساد العقد وهذا ليس مما نحن فيه لأن كلامنا فيما إذا اتفقا على عقد واحد ادعى أحدهما صحته والآخر فساده فالقول لمدعى الصحة لأنه الأصل فى العقود والأليق بحال المسلم ، وهنا قد اتفقا على صحة البيع ثم ادعى البائع فسخه بالإقالة وأنكر ذلك المشترى والقول قول المنكر غير أن المشترى أقر بعقد فاسد يجب رفعه وإبطاله لكن صاحب الأشباه بعد ذكر المسألة قال : ولو كان على القلب تحالفا ظاهره أنه إذا ادعى البائع الشراء الفاسد والمشترى الإقالة فلينظر وجهه . قال الحموى : قيل ينبغى أن لا يكون هذا الفرع داخلا تحت الأصل المذكور ليحتاج إلى استثنائه لأنه لم يدع صحة العقد وإنما ادعى الإقالة والمشترى ينكرها فيكون القول قوله اه .

أقول : فيما قاله نظر ، فإن ادعاء الإقالة مستلزم لادعاء صحة البيع إذ الإقالة لا تكون فى غير الصحيح .

وأقول : كان وجه التحالف على ما قاله الحموى أن المشترى بدعواه الإقالة يدعى أن الثمن الذى يستحقه بالرد مائة مثلا والبائع بدعواه الشراء بأقل مما باع يدعى أن الثمن الذى يجب تسليمه إلى المشترى خمسون مثلا فنزل اختلافهما فيما يجب تسليمه إلى المشترى منزلة اختلافهما فى قدر الثمن الموجب للتحالف بالنص وإلا فالمائة التى هى الثمن الأول إنما ترد إلى المشترى بحكم الإقالة فى البيع الأول وهى غير الخمسين التى هى الثمن فى البيع الثانى كما ترى اه (قوله وفى الملتقط اختلفا فى البيع والرهن فالبيع أولى) يعنى بينته أولى كما يأتى ، وقياس ما بعده عكسه لأن الوفاء رهن حقيقة على ما هو المعتمد فيه ، ولأن اشتراط الوفاء زائد والأصل عدمه والقول لمنكره ، إلا أن يقال إن صورته صورة البيع وفيه شرط زائد ، بخلاف الرهن البحت . قال فى التتارخانية : القول لمدعى الرهن لتمسكه بالأصل وهو عدم البيع ، والبينة لمدعى البيع لأنه خلاف الظاهر (قوله اختلفا فى البتات والوفاء فالوفاء أولى استحسانا) وإنما كان القول لمدعى البتات لأنه الأصل فى العقود إلا بقرينة كنقصان الثمن كثيرا كما تقدم .

وحاصل عبارة الملتقط أن الاستحسان فى الاختلاف فى البينة ترجيح بينة الوفاء ، وفى الاختلاف فى القول ترجيح بينة مدعى البتات وهذا الذى حرره الرملى فيما مر فتدبر ، خلافا لما مشى عليه الشارح قبيل الكفالة فراجعه وذكر ثمة الكلام على بيع الوفاء مستوفى (قوله شهادة قاصرة يتمها غيرهم تقبل) قال فى الدرر لأن الحاجة إلى الشهادة لإثبات يد المدعى عليه حتى يصير خصما فى إثبات الملك للمدعى ، ولا فرق فى ذلك بين أن يثبت كلا الحكمين بشهادة فريق واحد أو فريقين ، ثم إذا شهد أنها فى يد المدعى عليه سألهم القاضى أعن سماع تشهدون أنها فى يده أو عن معاينة لأنهم ربما سمعوا إقراره أنها فى يده وظنوا أن ذلك يطلق لهم الشهادة اه . أى أن سماعهم إقراره بأنها فى يده يجوز لهم الشهادة وليس كذلك ، بل المجوز لهم معاينتهم أنها فى يده هذا هو المراد وهو الموافق لما سبق تقريره على كلام الشارح من أنه ظاهر الرواية ، والمختار فى الكافى والهداية فى الشهادة بالملك لذى اليد ، نعم فرق بين هذه الشهادة وتلك إذ شهادتهم هنا فى مجرد كونها فى يد المدعى عليه وثمة فى أنها ملكه لرؤيتهم إياها فى يده ولا يلزم من اشترط الرؤية فى الشهادة بالملك اشتراطها فى الشهادة بمجرد كونها فى اليد ولذلك جوز كثير من الفقهاء شهادتهم بمجرد سماعهم عن المدعى عليه بأنها فى يده ولكن

انها فى يد الخصم فشهد به آخران أو شهدا بالملك بالمحدود وآخران بالحدود أو شهد على الأسم والنسب ولم يعرفا الرجل بعينه فشهد آخران أنه المسمى به درر .
شهد واحد فقال الباقون نحن نشهد كشهادته لم تقبل حتى يتكلم كل شاهد بشهادته وعليه الفتوى .
شهادة النفى المتواتر مقبولة .

مختار عماد الدين عدم الجواز ، وتبعه فى الدرر والغرر ، واختار محشيها الملا عبد الحليم الإطلاق هنا لما بينهما من الفرق فتدبر (قوله فشهد به آخران) لأنه يحتاج إلى هذا لإثبات يد المدعى عليه حتى يصير خصما (قوله أو شهدا بالملك بالمحدود وآخران بالحدود) وفى البزازية : لو علما بالحدود من الثقات وفسرا للقاضى تقبل . وفيها أيضا : شهدوا بالدار للمدعى بحدودها فشهد آخران أن المحدود هذا يقبل ويجعل كأن الأولين شهدا بكل ذلك .

قال فى الهندية من الباب الخامس من الشهادات : ولو شهد أن الدار التى فى بلدة كذا فى محلة فلان تلاصق دار فلان بن فلان الفلانى وهى فى يد فلان المدعى عليه هذا لهذا ولكن لا نعرف حدودها ولا نقف عليها ، فقال المدعى للقاضى أنا آتيك بشهود آخرين يعرفون حدودهذه الدار وأتى بشاهدين شهدا أن حدودها كذاوكذا اختلف جواب هذه المسألة فى النسخ ذكر فى بعضها أن القاضى يقبل ذلك ويحكم بها للمدعى ، وذكر فى بعضها أنه لايقبل ولا يحكم بها للمدعى وكذا القرى والضياعات والحوانيت وجميع العقارات على هذا كذا فى الظهيرية ذكر ظهير الدين المرغينانى هذه المسألة فى شروطه وقال : اختلفت الروايات فى هذه المسألة ، والأظهر أنها تقبل لأن تحمل الشهادة غالبا يكون على هذا الوجه فإنه إذا أشهد البائع على البيع فى البلدة والأرض أو الكرم فى السواد فالظاهر أن الشهود لا يعرفون حدود المبيع لكن سمعوا ذكر الحدود فيشهدون على تلك الحدود المذكورة فى البيع وإن كانوا لا يعلمون الحدود على الحقيقة كذا فى الفصول العمادية وهو الأصح كذا فى القنية وهو الصحيح كذا فى الذخيرة ، وإن لم يأت المدعى بشاهدين يشهدان على الدار المدعى بها على تلك الحدود فطلب من القاضى أن يبعث له أمينين من أمنائه إلى الدار حتى يتعرفا عن حدود الدار وأسماء جيرانها أجابه القاضى إلى ذلك فإذا بعثهما وتعرفا ، إن كانت حدود الدار وأسماء جيرانها توافق على تلك الحدود التى ذكرها الشهود وأخبر الأمينان القاضى بذلك قضى القاضى بالدار للمدعى بشهادتهم كذا فى المحيط ، هذا كله إن لم تكن الدار مشهورة ، فإن كانت مشهورة نحو دار عمرو بن حريث بالكوفة وشهد بها الشاهدان لإنسان ولم يذكرا الحدود لا تقبل شهادتهما فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وتقبل فى قول صاحبيه ، والضيعة إذا كانت مشهورة على هذا الخلاف أيضا كذا فى فتاوى قاضيخان اه (قوله فشهد آخران أنه المسمى به) أى بذلك الإسم.

قال فى الهندية فى أواخر الباب الرابع : رجل ادعى عبدا فى يد رجل وقال بعتنى هذا العبد بألف درهم ونقدتك الثمن فأنكر المدعى عليه البيع وقبض الثمن فشهد للمدعى شاهدان على إقرار البائع بالبيع وقالا لا نعرف العبد ولكنه قال لنا عبدى زيد وشهد شاهدان آخران أن هذا العبد اسمه زيد أو أقر البائع أن اسمه زيد قال لا يتم البيع بهذه الشهادة وإن شهد الشاهدان أن البائع أقر أنه باعه عبده زيد المولد فنسبوه إلى شىء يعرف من عمل أو صناعة أو عيب أو حلية فوافق ذلك هذا العبد يقبل استحسانا وكذا الأمة اه ملخصا .

[فائدتان] إذا شهد ابنا القاضى لرجل أن أباهما قضى لهذا على هذا لم تقبل عند الإمام ، وله قول آخر بالقبول ، وبه نأخذ خانية . قال رجل يا زانى فقال آخر صدقت هو كما قلت صار قاذفا ، وأكثر المشايخ لا بالقبول ... وعليه الفتوى (قوله وعليه الفتوى) صحح فى غير هذا المحل القبول وأفتى به فى الرحيمية (قوله شهادة النفى المتواتر) أى عند الناس مقبولة بأن علم الكل عدم كون المدعى عليه فى ذلك المكان والزمان لا تسمع عليه

الشهادة إذا بطلت فى البعض بطلت فى الكل إلا فى عبد بين مسلم ونصرانى فشهد نصرانيان عليها بالعتق قبلت فى حق النصرانى فقط أشباه .

قلت : وزاد محشيها خمسة أخرى معزية للبزازية .

أى بأنه أقرضه فيهما كذا مثلا ويقضى بفراغ ذمته لئلا يلزم تكذيب الثابت للضرورة والضروريات مما لا يدخلها الشك ، وأما إذا لم يتواتر فلا تقبل بينته إلا فى عشر مسائل مذكورة فى الأشباه من القضاء .

وفى النوادر عن الثانى : شهد عليه بقول أو فعل يلزم عليه بذلك إجارة أو كتابة أو بيع أو مال أو طلاق أو عتاق أو قتل أو قصاص فى موضع وصفاه أو فى يوم سمياه فبرهن المشهود عليه أنه لم يكن ثمة يومئذ لا تقبل إلا إذا تواتر . ووجه عدم قبولها أن الشهادة متضمنة للمشاهدة وذلك بالعلم ولم يحصل بالنفى . وتمامه فى حواشى الأشباه . قال فى الذخيرة إلا أن تأتى العامة وتشهد بذلك فيؤخذ بشهادتهم اهـ .

وفى المحيط : إن تواتر عند الناس وعلم الكل عدم كونه فى ذلك المكان والزمان لا تسمع الدعوى عليه ويقضى بفراغ ذمته لأنه يلزم تكذيب الثابت بالضرورة والضروريات مما لم يدخلها شك عندنا إلى كلام الثانى وكذا كل بينة قامت على أن فلانا لم يقم ولم يفعل ولم يقر كذا فى البزازية .

قال سيدى الوالد فى تنقيحه : البينة إذا قامت على خلاف المشهور المتواتر لا تقبل وهو أن يشتهر ويسمع من قوم كثير لا يتصور اجتماعهم على الكذب كذا فى الفتاوى الصغرى للإمام الخاصى . وكذلك الشهادة التى يكذبها الحس اهـ وتمامه فيها .

أقول : واحترز بالمتواتر عن غيره فلا يقبل سواء كان صورة أو معنى ، وسواء أحاط به علم الشاهد أو لا كما يقع فى هذه الأزمان من غير إسناد حسن ويسمونه متواترا لأنه كثيرا ما يظهر كذبه ؛ وانظر إلى ما عرفوا به المتواتر من أنه ما نقله جمع عن جمع ، فإن قالوا سمعنا فلابد أن يكون عن مثلهم أو يقولون رأينا بأعيننا أو نحوه ، وانظر لما تقدم فى باب اليمين بالبيع والشراء من قبول بينة فى الشروط وراجعه (قوله الشهادة إذا بطلت فى البعض الخ) كما إذا ادعى أخ وأخت أرضا فيشهد لها زوجها وزجل آخر ترد فى حقها وحق أخيها . وإذا شهد بشىء لمن لا تجوز شهادتهما له ولغيره لا تجوز لمن لا تجوز له اتفاقا . واختلف فى الآخر . والمعتمد عدم الجواز كما يفيده إطلاقهم وهذا مذهب محمد . وعند الثانى يجوز أن تبطل الشهادة فى البعض وتبقى فى البعض كما فى الظهيرية ، وكما لو شهدا أنه قذف أمهما وفلانة لا تقبل شهادتهما ؛ وكما لو شهدا له على رجل بألف وعلى آخر بمائة فصدقهم فى الأول وكذبهم فى الثانى بطلت .

[فروع] فى الخانية : شهد الرجل أن فلانا غصب عبده لكنه رده عليه فمات عنده فقال إنما مات عند الغاصب وقال الغاصب ما غصبته ولا رددته ضمن القيمة ، كما لو قالوا غصبته فقتله عندك مولاه فقال الغاصب ما قتله عندى ولا غصبته يضمن القيمة ، وكما لو شهدا أن له ألفا لكنه أبرأه فقال ما كان له شىء ولا أبرأنى من شىء يقضى عليه بألف ولو ادعى أنه أوصى له بألف وبرهن ثم ادعى أنه ابنه ولم يبرهن فله الأقل من الميراث ومن الألف. وقال محمد: الوصية باطلة (قوله إلا فى عبد بين مسلم ونصرانى الخ) أقول : الاستثناء المذكور إنما يصح على قول محمد لأن عنده إذا بطلت الشهادة فى البعض بطلت فى الكل . أما عند أبى يوسف فلا ، لأن عنده يجوز أن تبطل الشهادة فى البعض وتبقى فى البعض كما قدمناه آنفا ، ومثله فى الحموى عن الظهيرية (قوله قبلت فى حق النصرانى) ويكون العبد معتق البعض من أحد الشريكين فيجرى فيه الخيارات المشهورة (قوله وزاد محشيها خمسة أخرى)

. . . .

الأولى قال لعبده : إن دخلت هذه الدار فأنت حر ، وقال نصرانى : إن دخل هو هذه الدار فامرأته طالق فشهد نصرانيان على دخوله الدار ، إن العبد مسلما لا تقبل ، وإن كافرا تقبل فى حق وقوع الطلاق لا العتق . الثانية : لو قال إن استقرضت من فلان فعبده حر فشهد رجل وأبو العبد أنه استقرض من فلان والحالف ينكر يقبل فى حق المال لا فى حق عتق العبد لأن فيها شهادة الأب للابن . الثالثة لو قال إن شربت الخمر فعبده حر فشهد رجل وامرأتان على تحققه يقبل فى حق العتق لا فى حق لزوم الحد . الرابعة لو قال: إن سرقت فعبده حر فشهد رجل وامرأتان عليه بها يقبل فى حق العتق لا فى حق القطع الكل من البزازية ، وإنما لا تقبل لأن شهادة النساء فى الحدود غير مقبولة .

قلت : رأيت مسألة أخرى فزدتها وهى الخامسة لو قال لها : إن ذكرت طلاقك إن سميت طلاقك ، إن تكلمت به فعبده حر فشهد شاهد أنه طلقها اليوم والآخر على طلاقها أمس يقع الطلاق لا العتاق وهى فى البزازية أيضا كذا فى حاشية تنوير البصائر .

أقول : لعل ذلك موقت بأن يكون أصل الكلام إن ذكرته اليوم وحينئذ فعدم عتق العبد من حيث أنه لم يتم عليه نصاب الشهادة وإلا فهو مشكل تأمل . وزاد البيرى ما فى خزانة الأكمل من اللقطة ، وذلك لقطة فى يد مسلم وكافر فأقام صاحبها شاهدين كافرين عليها تسمع على ما فى يد الكافر خاصة استحسانا ، وما لو مات كافر فاقتسم ابناه تركته ثم أسلم أحدهما ثم شهد كافران على أبيه بدين قبلت فى حصة الكافر خاصة اهـ .

أقول : قد ذكر سيدى الوالد فى تنقيحه جملة مسائل فى ترجيح البينات لخصها تلخيصا حسنا بأوجز عبارة ، وقد ذكر أنه قصد ذكر ذلك خدمة لصاحب الشرع الشريف صلى الله تعالى عليه وسلم فأحببت الاقتداء به ، كذلك خدمة لجناب جدى سيد الأنبياء والمرسلين مستمدا بمدده ومددهم صلى الله تعالى عليه وعليهم وسلم أجمعين وإنما ذكرت ذلك هنا وإن لم يكن محلها هذا الباب كما نبهت على ذلك فيما تقدم قريبا اتباعا للمصنف والشارح رحمهما الله تعالى ونفعنى بهما والمسلمين آمين .

[نكاح] بينة الأسبق تاريخا أولى فى رجلين ادعيا نكاح امرأة .

بينة رد البكر النكاح عند تزويج وليها أولى من بينة سكوتها ، وبينة الزوج على رضاها أو إجازتها أولى من بينة ردها .

بينة زيد أنها امرأته أولى من بينتها أنها امرأة عمرو المنكر .

بينة المسلم أولى من بينة النصرانى إذا أقام بينة نصرانية على نكاح نصرانية ..

بينة فساد النكاح أولى من بينة صحته .

بينة المرأة فى قدر المهر أولى من بينة الزوج إن شهد مهر المثل للزوج .

بينة المرأة أن أباها زوجها وهى بالغة ولم ترض أولى من بينة الزوج أنها كانت قاصرة .

بينة المرأة أن الدار التى يسكنانها ملكها أولى من بينة الزوج أنها ملكه .

بينة الزوج فى متاع النساء أنه ملكه أولى من بينة المرأة .

بينة الصحة أولى فيما لو ادعى الزوج الإبراء من المهر فى الصحة وورثتها أنه فى المرض .

بينة المرأة أنها أبرأته من المهر بشرط أولى من بينة الزوج أنه بلا شرط .

. . . .

بينة الزوج أنها أبرأته من المهر أولى(١) من بينة المرأة أنه كان مقرا به إلى الآن .

بينة المرأة أنه تزوجها فى رجب أولى من بينة ورثته أنه مات فى صفر .

طلاق بينة المرأة أنه كان عاقلا وقت الخلع أولى من بينة الرجل أنه كان مجنونا والأصل فى ذلك أن بينة كون المتصرف عاقلا أولى من بينة كونه مجنونا .

بينة الابن أن أباه أبانها وانقضت عدتها أولى من بينة المرأة أنه مات وهى على نكاحه وهو الصحيح .

نفقة بينة المرأة أنه موسر فعليه نفقة الموسرين أولى من بينة الزوج أنه معسر .

بينة الزوجة أولى فيما لو اختلفا فى مقدار المفروض أو زمانه لأنها تثبت الزيادة .

بينة الزوجة أن الثوب المبعوث أو الدراهم هدية أولى من بينة الزوج أنه من الكسوة أو المهر خانية ، وفى الخلاصة بالعكس .

بينة الابن الغائب أن أباه حين أنفق مال الابن على نفسه كان موسرا أولى من بينة الأب الإعسار .

بينة الابن الزمن أن زيدا أبوه فعليه نفقته أولى من بينة زيد أن رجلا آخر هو أبو الزمن .

بينة الظئر المشروط عليها الإرضاع بنفسها أنها أرضعت الصبى بلبنها فلها الأجر أولى من بينة أبيه أنها أرضعته بلبن شاة .

عتق بينة الأمة أنه أعتقها قبل الولادة فولدها حر أولى من بينة السيد أنها ولدت قبل الإعتاق .

بينة البنت أن أبى مات حر الأصل أولى من بينة المدعى أنه كان عبدى فأعتقته وولاؤه لى .

بينة المولى فى قدر بدل الكتابة أولى من بينة العبد لإثباتها الزيادة .

بينة الأمة أنه دبرها فى مرض موته وهو عاقل أولى من بينة الورثة أنه كان مختلط العقل .

بينة مدعى فساد الكتابة أولى من بينة مدعى صحتها .

بينة المكاتب أن الكتابة على نفسه وماله أولى من بينة المولى أنها على نفسه فقط .

وقف بينة الأسبق تاريخا أولى فيما لو برهن ذو اليد أنها وقف عليه والقيم أنها وقف على المسجد .

بينة مدعي الوقف بطنا بعد بطن أولى من بينة مدعى الإطلاق .

بينة الخارج على الملك أولى من بينة المتولى ذى اليد على أنه وقف وبه يفتى .

بينة الخارج أنها وقف على مطلق أولى من بينة ذى اليد أن بائعى اشتراها من الواقف إلا أن أثبت ذو اليد تاريخا سابقا على الوقف .

بينة فساد الوقف أولى من بينة الصحة إن كان الفساد بشرط مفسد ، وبينة الصحة أولى إن كان الفساد لمعنى فى المحل أو غيره .

بيع بينة مدعى فساد البيع أولى من بينة الصحة اتفاقا إن كان الفساد بشرط أو أجل فاسدين ، وبينة مدعى الفساد أولى أيضا ولو لمعنى فى صلب العقد كالشراء بألف ورطل خمر فى ظاهر الرواية .

---

(١) (قوله بينة الزوج أنها أبرأته من المهر أولى) لأن بينة المرأة على الإقرار قد بطلت بإقرار الزوج به لما ادعى البراءة ولم تبطل بينته البراءة وكذا فى دعوى الدين وكذا البيع والإقالة فإن بينة الإقالة أولى لبطلان بينة البيع بإقرار مدعي الإقالة وينبغى أن تحفظ هذا الأصل فإنه يخرج به كثير من الواقعات كما فى القنية انتهى منه .

. . . .

بينة مدعى البيع كرها أولى من بينة مدعيه طوعا فى الصحيح .
بينة الغبن أولى من بينة العكس .
بينة الدائن أن الورثة باعوا عبدا من التركة المستغرقة أولى من بينتهم أن البائع مورثهم .
بينة مدعى البيع وفاء أولى من بينة مدعيه باتا .
بينة المشترى على الإقالة أولى من بينة البائع على البيع لبطلان الثانية باقرار مدعى الإقالة .
بينة ذى اليد أنى بعتكما هذا العبد بألفين أولى من بينة أحدهما أنى اشتريته منك بألف .
بينة أنى بعتك كذا فى يوم كذا فى مكان كذا أولى من بينة الآخر أنى لم أكن ذلك اليوم فى ذلك المكان .
بينة ذى اليد أن فلانا أودعنى الدار أولى من بينة الخارج على الشراء من ذى اليد .
بينة من بلغ فادعى أن الوصى باع كذا بغبن أولى من بينة المشترى ، وقال كثير بالعكس .
بينة المشترى أن أباك باعها منى فى صغرك أولى من بينة الإبن أنه كان بالغا ، وقيل بالعكس .
بينة المشترى أنك بعت منى بعد بلوغك أولى من بينة البائع أنه قبله لإثباتها العارض .
بينة المشترى إجازة المالك بيع الفضولى أولى من بينة المالك الرد لأنها ملزمة .
بينة الخارج أنى اشتريته من أبيك أولى من بينة ذى اليد أنه ملك أبيه إلى حين موته .
بينة الخارج أنى أشتريته من أبيك منذ عشر سنين أولى من بينة ذى اليد أن أباه مات منذ عشرين سنة .
بينة مثبت الزيادة أولى فيما لو اختلفا فى قدر الثمن أو قدر المبيع .
بينة البائع فى الثمن وبينة المشترى فى المبيع أولى لو اختلفا فى قدر الثمن والمبيع جميعاً بأن قال البائع بعت العبد الواحد بألفين ، وقال المشترى بل بعت العبدين بألف فيحكم للبائع بألفين وللمشترى بعبدين .
بينة الصحة أولى فيما لو ادعيا الشراء من ثالث أحدهما شراء صحيحا والآخر فاسدا .
بينة ذى اليد أن زيدا قال لا حق لى فى الدار قبل شرائك منه أولى من بينة مدعى الشراء من زيد .
بينة الخارج على دعوى ملك مطلق أولى من بينة ذى اليد أنك شريته منى ثم تقايلنا .
بينة البائع أنى بعتك الجارية بهذا العبد أولى من بينة المشترى أن البيع بألف .
بينة البائع أولى فيما لو اشترى زيد منه عبدين فهلك أحدهما ورد الآخر بعيب ثم اختلف فى قيمة الهالك
بينة البائع أن المبيع هلك فى يد المشترى أولى من بينة المشترى أنه هلك فى يد البائع .
بينة ما ليس له الخيار(١) أولى فيما لو كان الخيار لأحدهما واختلفا فى الإجازة والنقض فى المدة وبينة مدعى النقض أولى لو اختلفا بعد المدة .
بينة رب السلم أولى فيما لو اختلفا فى قدر المسلم فيه أو جنسه أو صفته أو ذرعه .
بينة المسلم إليه أولى فيما لو اختلفا فى رأس المال أو فى مضى الأجل لإثباتها الزيادة .
بينة المؤرخ أو الأسبق تاريخا فى دعوى الشراء من ثالث أولى من بينة الآخر ، وفيها تفصيل طويل

---

(١) (قوله بينة من ليس له الخيار الخ) صورته ادعى صاحب الخيار إجازة البيع فى مدة الخيار وادعى الآخر نقضه أو ادعى الأول النقض وادعى الآخر الإجازة فالقول قول الأول والبينة بينة الآخر أعنى من ليس له الخيار انتهى منه .

. . . .

بينة ذى اليد أنها نتجت فى ملك بائعه أولى من بينة الخارج النتاج فى ملك بائعه .

[شفعة] بينة الشفيع أولى من بينة المشترى فيما إذا اختلفا فى قدر الثمن وعند الثانى بالعكس .

بينة المشترى أولى فيما لو هدم البناء واختلف مع الشفيع فى قيمته عند الثانى وعند الثالث بالعكس .

بينة المشترى أولى فيما لو قال اشتريت البناء ثم العرصة فلا شفعة لك فى البناء وبرهن الشفع على شرائهما جميعا عند الثانى وقال الثالث بالعكس .

بينة الشفيع أولى من بينة المشترى على أنه أحدث هذا البناء والشجر .

بينة الشفيع أنك اشتريتها من زيد أولى (١) من بينة المدعى عليها أن عمرا أودعنيها .

[إجارة] بينة المستأجر أنه استأجرها بعشرة ليركبها إلى موضع كذا أولى من بينة المؤجر أنه بعشرة إلى نصفه

بينة الراعى أنك شرطت على الراعى فى هذا الموضع الذى هلكت فيه أولى من بينة صاحبها على موضع آخر

بينة المؤجر أنه استأجر منه الحانوت طائعا أولى من بينة الآخر على الإكراه .

أقول : تقدم فى البيع أن بينة مدعيه كرها أولى فى الصحيح ؛ فلعل هذا مبنى على خلاف الصحيح تأمل

بينة المستأجر أولى فيما لو سقط أحد مصراعى باب الدار فادعاه كل منهما .

بينة المؤجر أنه سلمه الدار فى المدة أولى من بينة المستأجر أنها كانت فى يد الآجر هذه المدة .

بينة المؤجر أولى فى قدر الأجرة وبينة المستأجر أولى فى قدر المدة .

بينة راكب السفينة أولى فيما لو قال لصاحبها استأجرتنى لأحفظ لك السكان .

بينة رب الدابة أولى فيما لو قال له الراكب استأجرتنى لأبلغها إلى فلان .

[هبة] بينة مدعى الهبة المشروطة بعوض أولى من بينة الرهن وغير المشروطة بالعكس ودلت المسئلة على أن بينة البيع أولى من بينة الرهن .

بينة الشراء من ذى اليد أولى من بينة الهبة والقبض منه إلا إذا أرّخ الثانى فقط أو كان تاريخه أسبق

بينة مدعى نكاح الأمة أولى من بينة مدعى الهبة أو الصدقة أو الرهن مالم يسبق تاريخ الآخر أو يكن أحدهما زائدا والآخر خارجا وفى المسئلة بحيث يطلب من الأصل (٢) .

بينة الوارث أن المورث وهبه كذا فى الصحة أولى من بينة الآخرين على المرض .

[عارية ووديعة] بينة المعير أنها هلكت بعد ما جاوز الموضع أولى من بينة المستعير أنه ردها إليه .

بينة المودع أن رب الوديعة عزلك من الوكالة بقبضها أولى من بينة الوكيل بالقبض .

بينة الخارج عن الملك أولى من بينة ذى اليد على الإيداع بعد قوله هو فى يدى مالم يقل أولا أنه فى يدى وديعة

بينة المودع على الرد أو على ضياعها عنده أولى من بينة المالك على الإتلاف ، وقيل بالعكس .

بينة مدعى الإيداع عند ذى اليد أولى من بينة ثالث على ملك مطلق .

بينة ذى اليد أن فلانا أودعنيها أولى من بينة آخر إنى اشتريتها منك .

[غصب] بينة المالك على الإتلاف أولى من بينة الغاصب على المالك .

---

(١) (قوله أولى) لأن ذا اليد انتصب خصما للمدعى بدعوى الفعل عليه فلا تندفع الخصومة عنه بإحالة الفعل إلى غيره تعارض البينات للشيخ غانم اه منه .

(٢) (قوله من الأصل) أى من كتاب تعارض البينات للشيخ غانم اه منه

. . . .

بينة الغاصب أن المغصوب مات عند المالك أولى من بينة الموت عند الغاصب عند محمد، وعند الثانى بالعكس

بينة الغصب فيما فى يد آخر أولى من بينة ثالث الملك المطلق .

بينة أن ذا اليد غصب الجارية منه اليوم أولى من بينة ثالث غصبها منه منذ شهر ، ويضمن المدعى عليه قيمتها للثالث فى قياس قول الإمام ، وفى قياس قول أبى يوسف هى للثالث ولا ضمان خانية .

[جنايات] بينة الموت من الجرح أولى من بينة الموت بعد البرء كما فى الدرر والقنية . وفى الخلاصة بالعكس وبه أفتى المولى أبو السعود أفندى .

بينة أنه قتل أباه يوم كذا أولى من بينة الخصم أن أباه كان ميتا ذلك اليوم .

بينة أنك أمرت صبيا بضرب حمار فمات أولى من بينة الأخر أن الحمارحى لأنه نفى مقصور .

[إقرار] بينة أنه أقر لوارثه فى الصحة أولى من بينة أنه أقر له فى المرض .

بينة الإقرار مكرها أولى من الإقرار طوعا .

بينة المقضى عليه بالدار أن المدعى أقر قبل القضاء بأن لا حق له فيها أولى، ولو بأنه أقر بعد القضاء لا يبطل القضاء .

بينة أن الميت كان أقر أنه لا حق له فى الدار أولى من بينة الوارث الإرث .

[صلح] بينة مدعى الصلح عن كره أولى من بينة مدعيه عن طوع .

[رهن] بينة الراهن أولى فيما لو اختلفا فى قيمة الرهن بعد هلاكه .

بينة الراهن على عدم الرد أولى من بينة المرتهن أنى أخذت المال ورددت الرهن .

بينة المرتهن فى تعيين الرهن أولى من بينة الراهن .

بينة الراهن أولى فيما لو ادعى كل منهما هلاكه عند الآخر .

بينة المرتهن أنك رهنتنى الثوبين أولى من بينة الراهن أنه رهنه أحدهما .

بينة الراهن أن العبد كانت قيمته قبل اعوراره مثل الدين أولى من بينة المرتهن أنه مثل نصفه .

بينة الراهن أنه رهنه سليما قيمته عشرة أولى من بينة المرتهن أنه رهنه معيبا قيمته خمسة .

بينة الشراء من زيد أولى من بينة الرهن منه إلا إذا أرخ الآخر فقط أو كان تاريخه أسبق .

بينة ذى اليد لو كانت العين فى يد أحدهما أولى فى ذلك إلا إذا سبق تاريخ الخارج .

[مزارعة] بينة المزارع أولى فيما لو اختلف مع رب الأرض والبذر فى قدر المشروط بعد ما نبت وبينة الآخر أولى لو كان البذر من قبل المزارع بعد ما نبت أيضا .

بينة رب الأرض أولى فيما لو قال بعد النبات شرطت لى نصف الخارج وقال الآخر عشرين قفيزا .

بينة المزارع أولى لو عكست الدعوى ولم تخرج الأرض شيئا أى لإثباتها عدم لزوم أجرة الأرض .

بينة مدعى الصحة أولى من بينة مدعى الفساد باشتراط أقفزة معينة .

بينة رب الأرض والبذر أنى شرطت لك النصف وعشرين قفيزا أولى من بينة الآخر على شرط النصف فقط

[مضاربة] بينة القابض أن المال قرض أولى من بينة الدافع أنه مضاربة أو بضاعة وبينة الدافع أن المال قرض أولى من بينة القابض أنه مضاربة .

. . . .

بينة المضارب أولى فيما لو اختلف فى قدر المشروط من الربح .

بينة رب المال أولى فيما لو اختلفا فى التخصيص بتجارة أو بيع بنقد وعدمه .

بينة المضارب أولى فى المضاربة الخاصة إذا اختلفا فى التجارة .

بينة المضارب أولى فيما لو قال : قسمنا الربح بعد قبضك رأس المال وأنكر الآخر قبضه .

بينة المضارب أنك شرطت لى الثلث أولى من بينة الآخر على الثلث إلا عشرة .

بينة المضارب أنك شرطت لى مائة أو لم تشرط لى شيئا فلى عليك أجل المثل أولى من بينة الآخر شرط النصف .

[شركة] بينة الآمر أولى فيما لو أمر أحد الشريكين رجلا بشراء عبد وأنه اشتراه قبل تفرقهما حتى يكون للشركة وبرهن الآخر أنه بعده ليكون للآمر وحده وبينة غير الآمر أولى فيما لو برهن الآمر أن الشراء بعد التفرق ليكون العبد له خاصة .

بينة الخارج على شركة المفاوضة مع الميت أولى من بينة الورثة أنه ترك المال ميراثا بلا شركة .

[قسمة] بينة من يدعى بيتا فى يد آخر أنه وقع فى قسمته أولى من بينة الآخر .

[دعوى] بينة البراءة أولى من البينة على المال إن لم يؤرخا أو أرخ أحدهما فقط أو أرخا سواء .

بينة المطلوب على أنك أقررت ببراءة أولى من بينة الطالب على أنك أقررت بالمال بعد إقرارى بالبراءة .

وبينة الطالب أولى إن قال إنك أقررت بالمال بعد دعواك إقرارى بالبراءة .

بينة الأسبق تاريخا أولى فيما لو ادعيا ملكية عين فى يد ثالث أو فى أيديهما ، وكذا لو أرخ أحدهما فقط وإلا فبينهما .

بينة الخارج أولى إلا إذا ادعى ذو اليد النتاج ونحوه مما لايتكرر كجز الصوف وحلب اللبن أو أرخا وتاريخه أسبق فبينته أولى .

بينة الخارج أولى فى دعوى النتاج إن أرخا ووافق سن الدابة تاريخه .

بينة الخارج أيضا أولى فيما إذا برهنا على النتاج ثم برهن على إقرار ذى اليد ببيعها وشرائها من فلان لأنه إذا باع ثم اشترى كان ملكا حادثا فيبطل دعوى النتاج ونحوه .

بينة من وافق سن الدابة تاريخه أولى فيما لو ادعيا النتاج على ثالث ذى يد وإن لم يوافق أحدهما فبينهما .

بينة مدعى النتاج خارجا أو صاحب يد أولى من بينة المدعى الملك .

بينة ذى اليد أولى فيما لو ادعى أن هذا العبد ولد فى ملكه من أمته وعبده وبرهن الخارج على مثل ذلك .

بينة الخارج أولى فيما لو برهن على أن هذه أمته ولدت هذا العبد فى ملكه وبرهن ذو اليد كذلك .

بينة مدعى كل الدار أولى من بينة مدعى نصفها لو كانت فى أيديهما ، ولو فى يد ثالث فلمدعى الكل ثلاثة أرباعها وللآخر ربعها عند الإمام .

بينة رب الدين على اليسار أولى من بينة المديون على الإعسار .

بينة الأقرب تاريخا أولى فيما لو برهن أحدهما أن العين فى يده منذ شهر وبرهن الآخر أنها فى يده منذ جمعة أو الساعة .

. . . .

بينة ذى اليد أولى فيما لو برهن أن العبد عبده منذ عشرين سنة وبرهن الخارج أنه كان فى يده منذ سنة حتى اغتصبه ذو اليد منه .

بينة الخارج أن قاضى كذا قضى له بهذه الجارية أو الدابة أولى من بينة ذى اليد على النتاج خلافا لمحمد .

بينة الشراء أولى فيما إذا برهن على ذى اليد شراءها من زيد وبرهن آخر على الهبة منه أى من زيد وآخر على الصدقة منه وآخر على الإرث منه وإن ادعى كل واحد ذلك من رجل فبينهم أرباعا .

بينة الأسبق تاريخا أولى فيما لو برهن أن الدار كانت لزيد الميت منذ سنتين ثم مات وتركها ميراثا لى وبرهن آخر أنها كانت لعمرو الميت منذ سنة ثم مات وتركها ميراثا لى بخلاف ما لو أرخا الموت فتنصف بينهما ويلغى التاريخ .

بينة الإبن أن فلانا قتل أباه يوم السبت أولى من بينة المرأة أن أباه تزوجها يوم الأحد .

بينة المرأة أولى لو برهن الابن على الموت لأن وقت الموت لا يدخل فى القضاء بخلاف القتل .

بينة المدعى أنه ابن عم الميت لأبيه مع ذكر النسب أولى من بينة المدعى عليه أن الميت فلان آخر أو أن أباك أقر فى حياته أنه أخو فلان لأمه لا لأبيه .

بينة المسلم أولى فيما لو أقام مسلم ونصرانى شهودا نصارى على دين فى تركة نصرانى فيبدأ بدين المسلم وقال الثانى يتحاصان .

وبينة المسلم أولى فيما لو أقاما شهودا نصرانية على عبد فى يد نصرانى حى وعن الثانى أنه ينصف بينهما .

وبينة المسلم أولى أيضا فيما لومات نصرانى له ابنان مسلم وكافر . وأقام المسلم بينة مسلمة أو كافرة على موته مسلما وبرهن الكافر على موته كافرا فيقضى بالإرث للمسلم ويصلى على الميت .

بينة المقضى عليه بالأرض أنه أحدث البناء فيها أولى إلا إذا قضى عليه بالأرض والبناء .

بينة المدعى عليه أن أباك أقر بأنه(١) ملكى أولى من بينة مدعى الإرث من أبيه إلا إذا برهن المدعى أنك أقررت أنه ملك أبى فيتعارض الدفعان وتبقى بينة الإرث بلا معارض .

بينة الورثة أن سن المدعى ثمان عشرة سنة أولى من بينة المدعى أنه ابن الميت وهو ابن عشرين سنة .

بينة المرأة أنها كانت حلالا وقت الموت أولى من بينة الورثة أنها كانت حراما قبل موته بسنة .

بينة من يدعى أن الكنيف فى طريق العامة محدث أولى من بينة صاحبه أنه قديم والصحيح أنه لا فرق بين الكنيف وغيره فتقدم بينة الحدوث على بينة القدم مطلقا إذا كان بدون ذكر تاريخ أما لو أرخا فالأسبق تاريخا أرجح كما جزم به أصحاب المتون وغيرهم .

بينة الأمانة أولى من بينة الشراء .

بينة البائع على النتاج بحضرة المشترى والمستحق منه أولى من بينة المستحق على النتاج .

بينة ذى اليد أولى فيما لو ادعى أن أباه بنى الدار وتركها ميراثا له وبرهن الخارج على مثل ذلك .

---

(١) (قوله بأنه) أى الشىء المتنازع فيه ملكى .

. . . .

بينة مدعى الإرث من جدته أولى من بينة ذى اليد أنه كان للجدة ابن غائب لم يعلم موته إلى الآن لأنه أجنبى فى إثبات ملك الغير .

بينة من يدعى زيادة الإرث أولى فيما لو اختلف الورثة فى تاريخ موت الأقارب وبرهنوا .

بينة مدعى البنوة أولى فى حق الإرث فيما لو برهن واحد أنه عم الميت وآخر أنه أخوه وآخر أنه ابنه وكل قال لا وارث له غيره فيقضى بنسب الكل والميراث للابن فقط .

[شهادات] بينة أن فلانا قال أو فعل كذا أولى من بينة أنه لم يقل أو لم يفعل .

بينة أن زوج فلانة قتل أو أنه مات أولى من بينة أنه حى إلا إذا أخبر بحياته بتاريخ لاحق .

بينة الجرح أولى من بينة التعديل .

بينة الطلاق أو العتق أولى من بينة النكاح أو الملك .

بينة حرية الأصل أولى من بينة الرق .

[مأذون] بينة العبد أو الصبى المأذون على ما أقر به من غصب أو وديعة أو عارية استهلكها أو مضاربة قبل إذنه أولى من بينة المقر له أنه فى حال الإذن

[حجر] بينة المشترى أولى فيما لو قال اشتريت منك حال صلاحك وبرهن المحجور أنه حال الحجر .

[سرقة] بينة ذى اليد أن المتاع ملك فلان ورثه من أبيه منذ سنة ثم اشتريته منه أولى من بينة الخارج أنه سرق منه منذ شهر .

بينة الخارج أن الحمار ملكه سرق منه منذ شهر أولى من بينة ذى اليد أنه ملكى وفى يدى منذ سنة .

[وصية] بينة الرجوع عن الوصية أولى من كونه موصيا مصرا إلى الوفاة .

قال فى نور العين ادعى الوصية وأنكرها الوارث فبرهن الموصى له فادعى الوارث الرجوع قيل لايسمع وقيل يسمع وهو الأصح لأنه مما يخفى لعل الموصى أوصى ثم رجع ولم يعلم بهما الوارث فأنكر فلما أخبر ادعى الرجوع والتناقض فى مثله لايضر ولوبرهن على جحود الموصى الوصية يقبل على رواية كون الجحود رجوعا لا على رواية أنه ليس برجوع .

يقول الحقير : الظاهر أن الرواية الأولى هى الأصح والأولى إذ تقدم أن جحود ما عدا النكاح فسخ له اه .

قال فى البحر : فإن قضى بإحدى البينتين أولا بطلت الأخرى ، لأن الأولى ترجحت باتصال القضاء بها فلا تنتقض بالثانية ونظيره لوكان مع رجل ثوبان أحدهما نجس فتحرى وصلى بإحدهما ثم وقع تحريه على طهارة الآخر لا تجوز له الصلاة فيه لأن الأول اتصل بحكم الشرع فلا ينتقض بوقوع التحرى فى الآخر اه .

قال الرملى يدل بظاهره على أنه فى المسائل التى سردها ، وفيها ترجيح إحدى البينتين لو قضى بالمرجوحة تقبل المرجحة ولو اتصل القضاء بالأخرى التى هى مرجوحة لأنها كانت مرجحة قبل القضاء بخلاف المتساوية فإنها ما ترجحت إلا باتصالها بالقضاء كما هو ظاهر .

باب الاختلاف فى الشهادة

مبنى هذا الباب على أصول مقرها :

منها : أن الشهادة على حقوق العباد لا تقبل بلا دعوى بخلاف حقوقه تعالى .

ومنها : أن الشهادة بأكثر من المدعى باطلة بخلاف الأقل للاتفاق فيه .

والحاصل أنه يفرق بين ما إذا تساويا فترجح الأولى باتصال القضاء بها أو سبق القضاء بالمرجحة إذ لا معارض لها وقته ، وبين ما إذا كانت إحداهما أولى بالقبول فقضى بغيرها ثم أقيمت عليها يعمل بها ولو اتصل القضاء بغيرها ، لأولويتها يؤيده ماذكره الزيلعى فى شرح مايأتى من مسألة مالو برهنا على نكاح امرأة من قوله فى تعليل كونها لمن سبقت بينته لكونها أقوى لاتصال القضاء بها لأنها لما سبقت وحكم بها تأكدت فلا تنتقض بغير المتأكدة اه فإن المرجحة أقوى قبل اتصال القضاء بها فهى متأكدة ، فينقض القضاء بغيرها لا رجحيتها قبله لكن علل الزيلعى مسألة القتل بأنه لما حكم بأنه قتل بمكة صار ذلك حكما بأنه لم يقتل فى غيرها إذ قتل شخص واحد فى مكانين لا يتصور ، وهذا يقتضى أنه فى المسائل التى سردها لا ينقض الحكم السابق مطلقا لأنه حكم بنفى مقابله إذ لا يتصور مثلها فى بيع واحد أنه بغبن فاحش وبمثل القيمة ، وكذا فى نظائره كما هو ظاهر ثم رأيت فى فتاوى شيخ مشايخى الشهاب الحلبى فى كتاب الوقف إذا حكم الحاكم بالبينة الأولى لا تسمع البينة الثانية لأن الأولى ترجحت باتصال القضاء بها .

قال قاضيخان : لو أقامت المرأة البينة أن الميت تزوجها يوم النحر بمكة وحكم القاضى بشهادتهم ، ثم أقامت أخرى أنه تزوجها فى ذلك اليوم بخراسان لم تقبل اه والله تعالى أعلم وأستغفر الله العظيم .

باب الاختلاف فى الشهادة

قال فى المصباح : خالفته مخالفة وخلافا وتخالف القوم واختلفوا إذا ذهب كل واحد إلى خلاف ما ذهب إليه الآخر اه ثم الاختلاف من العوارض ، والأصل الاتفاق ولذلك أخر هذا الباب ، وأطلق هذا الاختلاف فشمل مخالفتها للدعوى كما شمل اختلاف الشاهدين ، واختلاف الطائفتين من المشهود فسيظهر هذا الشمول فى المسائل الآتيه كما لا يخفى (قوله مبنى الباب) أى بناء أحكام مسائله فهو مصدر ميمى لا اسم مكان لأن المكان هو الباب (قوله منها أن الشهادة على حقوق العباد لا تقبل بلا دعوى) من مدع لأن ثبوت حقوقهم يتوقف على مطالبتهم ولو بالتوكيل درر (قوله بخلاف حقوقه تعالى) حيث لا تشترط فيها الدعوى لأن إقامة حقوق الله تعالى واجبة على كل أحد ، وكل أحد خصم فى إثباتها فصار كأن الدعوى موجودة درر . لكن ما ذكر الشارح من هذا الأصل ليس من هذا الباب لأنه فى الاختلاف فى الشهادة لا فى قبول الشهادة وعدمها كما أفاد الشرنبلالى ، لكن يأتى قريبا ما ينافيه عند قول المصنف فإذا وافقتها (قوله بأكثر من المدعى باطلة) لأن المدعى مكذب لهم إلا إذا وفق .

قال فى البحر : ومن المخالفة المانعة ما إذا شهد بأكثر ومن فروعها دار فى يد رجلين اقتسماها وغاب أحدهما فادعى رجل على الحاضر أن له نصف هذه الدار مشاعا فشهدوا أن له النصف الذى فى يد الحاضر فهى باطلة لأنها بأكثر من المدعى به ، ولو ادعى دارا واستثنى طريق الدخول وحقوقها ومرافقها فشهدوا أنها له

. . . .

ولم يستثنوا شيئا لا تقبل وكذا لواستثنى بيتا ولم يستثنوه إلا إذا وفق ، فقال كنت بعت هذا البيت منها فتقبل كذا فى فتح القدير ، ومن أمثلة كون المشهود به أقل ما فى الخلاصة ، ادعى النقرة الجيدة وبين الوزن فشهدوا على النقرة والوزن ولم يذكروا جيدة أورديئة أو وسطا تقبل ويقضى بالردىء بخلاف ما إذا ادعى قفيز دقيق مع النخالة فشهدوا من غير نخالة أو منخولا فشهدوا على غير المنخول لاتقبل اهـ مع أنهم شهدوا بأقل فيما إذا شهدوا به غير منخول. والدعوى بالمنخول بدليل عكسه ادعى الإتلاف وشهدوا بقبضه تقبل ولو ادعى أنه قبض منى كذا درهما بغير حق وشهدوا أنه قبضه بجهة الربا تقبل ولو ادعى الغصب وشهدوا بقبضه بجهة الربا لا تقبل إذ الغصب قبض بلا إذن والقبض بجهة الربا قبض بإذن ولو ادعى أنه غصب منه وشهدا أنه ملك المدعى وفى يده أى يد المدعى عليه بغير حق لا تقبل لاعلى الملك لأنهما لم يقولا غصبه منه ولا على الغصب لأنهما شهدا أنه بيده بغير حق ويجوز أن يكون بيده بغير حق لا من جهة المدعى بأنه غصبه من غير المدعى لا منه اهـ .

أقول : وهذا يدفع تنظير صاحب جامع الفصولين فى تعليل المسئلة وقوله : أن هذا الاختلاف لا يمنع قبول الشهادة لأنهما شهدا بأقل مما ادعى إذ فى دعوى الغصب منه دعوى أنه بيده بغير حق مع زيادة دعوى الفعل فينبغى أن يقبل مع أن عدم القبول فى أمثاله يفضى إلى التضييق وتضييع كثير من الحقوق والحرج مدفوع شرعا اهـ فتدبر ثم قال فى البحر ادعى أنه قبض من مالى كذا قبضا موجبا للرد وشهدا أنه قبضه ولم يشهدا أنه قبض قبضا موجبا للرد يقبل فى أصل القبض فيجب رده ولو شهدا أنه أقر بقبضه ، ينبغى أن تقبل قياسا على الغصب ادعى أنه أهلك أقمشتى كذا وعليه قيمتها وشهدا أنه باع وسلم لفلان يقبل لأنه إهلاك ولو ذكرا بيعا لاتسليما لايكون شهادة بإهلاك ، ثم قال : ادعى شراء منه فشهدا بشراء من وكيله ترد وكذا لو شهدا أن فلانا باع وهذا المدعى عليه أجاز بيعه ، ثم قال : ادعى أن مولاى أعتقنى وشهدا أنه حر ترد لأنه يدعى حرية عارضة ، وشهدا بحرية مطلقة فيصرف إلى حرية الأصل : وهى زائدة على ما ادعاه ، وقيل : تقبل لأنهما لما شهدا أنه حر شهد بنفس الحرية قال : والأمة لو ادعت أن فلانا أعتقنى وشهدا أنها حرة تقبل إذ الدعوى ليست بشرط هنا فعلى هذ ينبغى أن يكون الخلاف المذكور فى القن على قول أبى حنيفة أما على قولهما : ينبغى أن يقبل فى القن رواية واحدة كما فى الأمة إذ الدعوى ليست بشرط فى القن عندهما كالأمة ، ولو ادعى حرية الأصل وشهدا أن فلانا حرره قيل ترد وقيل تقبل لأنهما شهدا بأقل مما ادعاه انتهى وبه علم أن المطابقة بين الدعوى والشهادة إنما هى شرط فيما كانت الدعوى فيه شرطا وإلا فلا ولذا لو ادعت الطلاق فشهدا بالخلع تقبل كما سيأتى .

والحاصل أنهم إذا شهدوا بأقل مما ادعى تقبل بلا توفيق اهـ .

وسنذكر تتمة الكلام على ذلك فى مسئلة دعوى النتاج إن شاء الله تعالى وإن كان بأكثر لم تقبل إلا إذا وفق ، فلو ادعى ألفا فشهدا بألف وخمسمائة فقال المدعى كان لى عليه ألف وخمسمائة إلا أنى أبرأته من خمسمائة أو قال : استوفيت منه خمسمائة ولم يعلم به الشهود يقبل ، وكذا فى الألف والألفين ولا يحتاج إلى إثبات التوفيق بالبينة لأن الشىء إنما يحتاج إلى إثباته بالبينة إذا كان سببا لايتم بدونه ولاينفرد بإثباته كما إذا ادعى الملك بالشراء فشهد الشهود بالهبة فإن ثمة يحتاج إلى إثباته بالبينة أما الإبراء فيتم به وحده ، ولو أقر بالاستيفاء يصح إقراره ، ولايحتاج

. . . .

إلى إثباته لكن لابد من دعوى التوفيق هنا استحسانا والقياس أن التوفيق إذا كان ممكنا يحمل عليه ، وأن لم يدع التوفيق تصحيحا للشهادة وصيانة لكلامه وجه الاستحسان أن المخالفة بين الدعوى والشهادة ثابتة صورة ، فإن كان التوفيق مرادا تزول المخالفة ، وإن لم يكن التوفيق مرادا لا تزول بالشك ، فإذا ادعى التوفيق ثبت التوفيق وزالت المخالفة وذكر الشيخ الإمام المعروف بخواهر زاده أن محمدا شرط فى بعض المواضع دعوى الوفيق ، ولم يشترط فى البعض ، وذاك محمول على ما إذا ادعى التوفيق أوذاك جواب القياس فلا بد من دعوى التوفيق فلو قال المدعى ما كان لى عليه إلا ألف درهم فقط لا تقبل شهادتهم كذا فى الخانية ، ولا فرق فى كون المشهود به أقل بين أن يكون فى الدين أو فى العين ، فلو ادعى كل الدار فشهدا بنصفها قضى بالنصف من غير توفيق كذا فى الخانية ، وأشار المؤلف رحمه الله تعالى إلى أن المدعى إذا أكذب شهوده فى جميع ماشهدوا به له أو بعضه بطلت شهادتهم إما لأنه تفسيق للشاهد أو لأن الشهادة لا تقبل بدون الدعوى ، فلو شهد الشهود بدار لرجل فقالوا هذا البيت من هذه الدار لفلان رجل آخر غير المدعى فقال المدعى ليس هو لى فقد أكذب شهوده وإن قال هذا قبل القضاء لا يقضى له ولا لفلان بشىء فإن كان بعد القضاء ، فقال هذا البيت لم يكن لى إنما هو لفلان ، قال أبو يوسف : أجزت إقراره لفلان ، وجعلت له البيت وأرد ما بقى من الدار على المقضى عليه ويضمن قيمة البيت للمشهود عليه ولأبى يوسف قول آخر أنه يضمن قيمة البيت للمشهود عليه ويكون ما بقى من الدار للمشهود له كذا فى الخانية .

ثم اعلم أن المدعى إذا كذب شهوده إنما ترد شهادتهم إذا كذبهم فيما وقعت الدعوى به أما إذا صدقهم فيها وكذبهم فى شىء زادوه فإنها تقبل له فيما ادعاه إن لم يدعه المدعى عليه يعنى إن لم يدع الزائد لا ما ادعاه المدعى وعلى هذا قال فى الخانية : شهدا لرجل أن فلانا غصب عبده ولكن قد رده عليه بعده فمات عند مولاه فقال المغصوب منه لم يرده علىّ وانما مات عند الغاصب وقال المشهود عليه : ما غصبته عبدا ولارددته عليه وما كان من هذا من شىء قال إذا لم يدع شهادتهما ضمنته القيمة كذا لو شهدا أنه غصبه عبدا له فجاء مولاه قتله عند الغاصب فقال المغصوب منه ما قتله ولكنه قد غصبته ومات عنده وقال المشهود عليه ما غصبته عبدا ولا قتل هذا المدعى عبدا له فى يدى كان عليه قيمته ، وكذا لو شهدا أن لهذا علىّ هذا ألف درهم ولكنه قد أبرأه منها وقال المدعى ما أبرأته عن شىء وقال المشهود عليه ما كان له علىّ شىء ولا أبرأنى عن شىء . قال : إذا لم يدّع شهادتهما على البراءة قضيت عليه بألف اه .

ثم اعلم أن المدعى إذا تكلم بكلام يحتمل أن يكون تكذيبا ، فإن كان قبل القضاء لا يقضى له ، وإن كان بعده لم يبطل إلا أن يكون تكذيبا للشاهد قطعا ، فلو قضى له بالدار بالبينة فأقر أنها لرجل غير المقضى عليه لا حق للمدعى فيها وصدقه فلان أو كذبه لم يبطل القضاء ، لاحتمال النفى من الأصل واحتمال أنه ملكها إياه بعد القضاء ، وإن كان فى مجلس القضاء فلا يبطل بالشك ، فلو قال بعد القضاء هى لفلان لم تكن لى قط ، فإن بدأ بالإقرار وثنى بالنفى أو عكسه ، فإن صدقه المقر له فى الجميع بطل القضاء ويرد على المقضى عليه ولا شىء للمقر له ، وإن كذبه فى النفى وصدقه فى الإقرار كانت للمقر له وضمن المقر قيمة الدار للمقضى عليه سواء بدأ بالإقرار أو بالنفى ، كذا ذكر فى الجامع . قالوا : هذا إن بدأ بالنفى وثنى بالإقرار موصولا ، أما إن كان مفصولا لم تصح ، وتمامه فى الخانية ، بخلاف المقر له إذا قال هى لفلان ما كان لى قط لأن ثمة لامنازع للثالث فيسلم وهنا المقضى عليه ينازعه ، كذا فى التلخيص .

ومنها أن الملك المطلق أزيد من المقيد لثبوته من الأصل والملك بالسبب مقتصر على وقت السبب .

وفى المحيط البرهانى : قضى له بالدار ببنائها ببينة ثم قال ليس البناء لى وإنما هو للمدعى عليه بطل القضاء لأنه إكذاب للشاهد ، بخلاف ما إذا قال البناء له فليس بإكذاب هكذا فى الأقضية ، وفرق بين ما إذا ذكروا البناء فى شهادتهم فيكون إكذابا أولا فلا فى شهادات الأصل . وإذا ذكروه فلا فرق بين النفى والإثبات فقط فى كونه تكذيبا ؟ ولو ادعى قدرا وبرهن عليه ثم أقر بقبض بعضه ، فإن أقر بما يدل على قبضه قبل الدعوى والبينة فهو تكذيب لشهوده وإلا فلا ، ولو ادعى أربعمائة درهم وقضى له ببينة ثم أقر أن للمدعى عليه مائة سقط عنه مائة اتفاقا ، وهل تسقط الثلثمائة : قولان فى المحيط وغيره ، والفتوى على عدمه كما فى الملتقط .

وفى المحيط : شهدا له على رجل بألف وعلى آخر بمائة فصدقهم فى الأوّل وكذبهم فى الثانى بطلتا ، وكذا لو شهدا بغصب ثوبين فصدقهما فى أحدهما وكذبهما فى الآخر بطلت فيهما ، ولو قضى لثلاثة بميراث عن أبيهم ثم قال أحدهم مالى فيه حق وإنما هو لأخوىّ كان الكل لهما ، فإن قال لم يكن لى فيه حق وإنما هو لهما بطلت حصته عن المقضى عليه ؛ ولو ادعى أنه أوصى له بألف درهم وبرهن ثم ادعى أنه ابن الموصى ولم يبرهن فله الأقل من الميراث ومن الألف . وقال محمد : الوصية باطلة ولا شىء له اه .

وفى البزازية : ادعى المديون الإيفاء فشهدا على إبراء الدائن أو على أنه حلله تقبل ، كما لو ادعى الغصب فشهدا بالإقرار به تقبل .

ادعى الكفيل بالأمر الإيفاء وشهدا على البراءة تقبل ، ووضع المسئلة على الإيفاء ليعلم أن الإيفاء غير مقتصر عليه ، ولهذا لا يرجع الكفيل على الأصيل ويرجع الطالب على الأصيل كأنه إبراء الكفيل وإبراء الكفيل لا يوجب إبراء الأصيل ، وإنما ذكره ليؤذن أن المقضى به براءة الكفيل لا الإيفاء ، وهذا لأن دعوى الكفيل تضمن البراءة مع تمكنه بالرجوع على الأصيل وشاهداه شهدا على القطع ببعض دعواه فيقبل فى ذلك لا فى الزائد اه .

وفى السراجية : ادعى عشرة آلاف درهم فشهدا له بمبلغ عشرة آلاف درهم لم تقبل لأن مبلغ هذا المال مال آخر .

شهدا على دعوى أرض أنها خمسة مكاييل وأصابا فى بيان حدودها وأخطآ فى المقدار قبلت اه . وفى عرفنا المبلغ هو القدر فإنهم يقولون قبض مبلغ كذا : أى قدر كذا لامال آخر فينبغى أن تقبل الشهادة فى عرفنا .

ادعت على زوجها أنه وكل وكيلا فطلقنى وشهدا أنه طلقها بنفسه يقع الطلاق .

ادعت الطلاق وشهدا بالخلع تسمع لأن وجه التوفيق ممكن ؛ ولوادعى المديون الإبراء وشهدوا أن المدعى صالح المدعى عليه بمال معلوم تقبل شهادتهم إن كان الصلح بجنس الحق لحصول الإبراء عن البعض بالاستيفاء وعن البعض بالإسقاط .

ادعت أنها اشترت هذه الجارية من زوجها بمهرها وشهدوا أن زوجها أعطاها مهرها من غير أن يجرى البيع بينهما تقبل اه (قوله ومنها أن الملك المطلق الخ) هذا من فروع الذى قبله لا أصل مستقل ط . قيل وكان الظاهر إرجاع هذا الأصل إلى أصل قبله كما هو المتضح من تعليل قوله وبعكسه لا اه وأيضا الظاهر أن هذا وما قبله يرجعان إلى موافقة الشهادة للدعوى وعدمها لما أنهما متفرعان عليها كما فى البدائع ، بل التحقيق فيه أن كليهما نوعا عدم الموافقه بينهما فلا يناسب إرجاع أحدهما للآخر كما لم يناسب إرجاعهما لذلك تدبر (قوله لثبوته)

ومنها موافقة الشهادتين لفظا ومعنى وموافقة الشهادة الدعوى معنى فقط وسيتضح . (تقدم الدعوى فى حقوق العباد شرط قبولها) لتوقفها على مطالبتهم ولو بالتوكيل ، بخلاف حقوق الله تعالى لوجوب إقامتها على كل أحد فكل أحد خصم فكأن الدعوى موجودة

أى المطلق من الأصل أى غير مقيد بوقت بقرينة المقابلة فكأنه نتاج (قوله لفظا ومعنى) واختلاف لفظهما الذى لا يوجب اختلاف المعنى لا يضر منح كالنكاح والتزويج والهبة والعطية (قوله معنى فقط) كما إذا ادعى غصبا فشهدا بإقراره به تقبل ، وكما لو ادعى داراً فشهدا بلفظ البيت تكفى فى عرف من يطلقه على الدار وهو الأشبه والأظهر هندية .

قال فى الخانية : ولو ادعى أنه اشترى الأمة منه بعبد منذ شهر ثم جاء بشهود فشهدوا أنه اشتراها منه منذ سنة أو قبل ذلك لا تقبل لمكان التناقض إلا أن يوفق فيقول اشتريتها منه منذ سنة كما شهد به الشهود ثم بعتها ثم أشتريتها منذ شهر ، فإذا وفق على هذا الوجه أو شهد الشهود بالبيع والشراء بعد ذلك يصح التوفيق ويقضى له اه وفى ذلك نظر لأنه صار مدعيا بالأخير وهما شهدا بالأول إلا إذا أعاد الشهادة بالإطلاق وربما أشار لذلك بقوله بعد ذلك .

وفى البزازية : ادعى الشراء منذ شهرين فشهدا بالشراء منذ شهر قبلت وبقلبه لا (قوله تقدم الدعوى فى حقوق العباد شرط قبولها) فيه إشارة إلى أن مالا يشترط فيه الدعوى لا يضر فيه مخالفتها للشهادة اه أى لأن الشهادة حيث قبلت بلا دعوى فوجود المخالفة كلا وجود .

وفى جامع الفتاوى : ادعت على زوجها أنه وكل وكيلا على الطلاق فطلقنى فشهد الشهود أنه طلقها بنفسه يقع الطلاق .

قال فى العناية : الشهادة إذا وافقت الدعوى قبلت وإن خالفتها لم تقبل ، قد عرفت معنى الشهادة فأعلم أن الدعوى هى مطالبة حق فى مجلس من له الخلاص عند ثبوته ، وموافقتها هو أن يتحدا نوعا وكما وكيفا ومكانا وزمانا وفعلا وانفعالا ووصفا وملكا ونسبة ، فإنه إذا ادعى على آخر عشرة دنانير وشهد الشاهد بعشرة دراهم ، أو ادعى عشرة دراهم وشهد بثلاثين ، أو ادعى سرقة ثوب أحمر وشهد بأبيض ، أو ادعى أنه قتل وليه يوم النحر بالكوفة وشهد بذلك يوم الفطر بالبصرة ، أو ادعى شق زقه وإتلاف ما فيه به وشهد بانشقاقه عنده ، أو ادعى عقارا بالجانب الشرقى من ملك فلان وشهد بالغربى منه ، أو ادعى أنه ملكه وشهد أنه ملك ولده ، أو ادعى أنه عبده ولدته الجارية الفلانية وشهد بولادة غيرها لم تكن الشهادة موافقة للدعوى . وأما الموافقة بين لفظيهما فليست بشرط ؛ ألا ترى أن المدعى يقول ادعى على غريمى هذا والشاهد يقول أشهد بذلك ، واستدل المصنف رحمه الله تعالى على ذلك بقوله لأن تقدم الدعوى فى حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما توافقها وانعدمت فيما تخالفها ، أما تقدمها فيما شرط لقبولها فلأن القاضى نصب لفصل الخصومات فلا بد منها ، ولا نعنى بالخصومة إلا الدعوى . وأما وجودها عند الموافقة فلعدم ما يهدرها من التكذيب . وأما عدمها عند المخالفة فلوجود ذلك لأن الشهادة لتصديق الدعوى ، فإذا خالفتها فقد كذبتها فصار وجودها وعدمها سواء . وفيه بحث من وجهين .

أحدهما أنه قال تقدم الدعوى شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما توافقها وهو مسلم ، ولكن وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط .

(فإذا وافقتها) أى وافقت الشهادة الدعوى (قبلت وإلا) توافقها (لا) تقبل

والثانى أنه عند المخالفة تعارض كلام المدعى والشاهد فما المرجح لصدق الشاهد حتى اعتبر دون كلام المدعى ؟ والجواب عن الأول أن علة قبول الشهادة التزام الحاكم سماعها عند صحتها وتقدم الدعوى شرط ذلك ، فإذا وجد فقد انتفى المانع فوجب القبول بوجود العلة وانتفاء المانع لا أن وجود الشرط استلزم وجوده . وعن الثانى بأن الأصل فى الشهود العدالة لا سيما على قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى ، ولا يشترط عدالة المدعى لصحة دعواه فرجحنا جانب الشهود عملا بالأصل اه .

قال فى الحواشى السعدية : أما وجودها عند الموافقة فظاهر ، وأما عدمها عند المخالفة فكذلك لظهور أن ليس المراد من تقدم الدعوى تقدم أية دعوى كانت بل تقدم دعوى ما يشهد به الشهود وتمامه فيها (قوله فإذا وافقتها قبلت) أى وافقتها معنى ، وصدّر الباب بهذه المسألة مع أنها ليست من الاختلاف فى الشهادة لكونها كالدليل لوجوب اتفاق الشاهدين ، ألا ترى أنهما لو اختلفا لزم اختلاف الدعوى والشهادة كما لا يخفى على من له أدنى بصيرة سعدية .

قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى : وبه ظهر وجه جعل ذلك من الأصول .

ثم إن التفريع على ما قبله مشعر بما قاله فى البحر من أن اشتراط المطابقة بين الدعوى والشهادة إنما هو فيما إذا كانت الدعوى شرطا فيه وتبعه فى تنوير البصائر وهوظاهر لأن تقدم الدعوى إذا لم يكن شرطا كان وجودها كعدمها فلا يضر عدم التوافق. ثم إن تفريعه على ماقبله لاينافى كونه أصلا لشىء آخر وهو الاختلاف فى الشهادة فافهم ، وبما تقرر اندفع ما فى الشرنبلالية من أن قوله منها أن الشهادة على حقوق العبد الخ ليس من هذا الباب لأنه فى الاختلاف فى الشهادة لا فى قبولها وعدمه فتدبر اه (قوله قبلت) كما إذا ادعى ألفا قرضا فشهدا به تقبل لإمكان القضاء (قوله وإلا توافقها لا تقبل) بأن ادعى قرضا وشهدا بثمن متاع لا تقبل لأنها خالفت فلم يمكن القضاء بها وذلك أن الشهادة لأجل تصديق الدعوى فإذا خالفتها فقد كذبتها والدعوى الكاذبة لاتعتبر فانعدم الشرط وهو تقدم الدعـــوى فلم يحكم بها عينى ، ولا تنس ما قدمناه قريبا عن العناية من معنى موافقتها إياها .

قال فى فصول الاستروشنى من الفصل الخامس عشر : لو ادعى الغصب وشهد أحدهما أنه أداه والآخر على الإقرار بالغصب لاتقبل . وإذا اشترى جارية ثم وجد بها عيبا وأراد أن يردها على البائع فأنكر البائع أن يكون باعها بهذا العيب فشهد أحد الشاهدين أنه اشترى هذه الجارية وهذا العيب بها وشهد الآخر على إقرار البائع لم تجز هذه الشهادة لأنهما شهدا على أمرين مختلفين ا هـ .

وفى الخلاصة من الفصل الرابع عن الفتاوى الصغرى : إذا اختلف الشاهدان لا يخلو عن ثلاثة أوجه : إما فى زمان أو مكان أو إنشاء وإقرار ، وكل منها لا يخلو عن أربعة أوجه : إما فى الفعل أو فى القول أو فى فعل ملحق بالقول أو عكسه . أما الفعل كغصب وثبوت نسب لأنه يكون بالولادة وهى فعل فيمنع قبول الشهادة فى الوجوه الثلاثة . وأما القول المحض كبيع أو رهن فلا يمنع قبولها مطلقا . وأما الفعل الملحق بالقول وهو القرض فلا يمنع . وأما عكسه كنكاح فإنه يمنع اه

قال فى البحر عن الكافى : وإذا اختلف الشاهدان فى الزمان أو المكان فى البيع والشراء والطلاق والعتق والوكالة والوصية والرهن والدين والقرض والبراءة والكفالة والحوالة والقذف تقبل ، وإن اختلفا فى الجناية

وهذا أحد الأصول المتقدمة (فلو ادعى ملكا مطلقا فشهد به بسبب) كشراء أو إرث (قبلت) لكونها بالأقل مما ادعى فتطابقا معنى كما مر (وعكسه) لا

والغصب والقتل والنكاح لا تقبل ، والأصل أن المشهود به إذا كان قولا كالبيع ونحوه ، فاختلاف الشاهدين فيه فى الزمان أو المكان لا يمنع قبول الشهادة لأن القول مما يعاد ويكرر ، وإن المشهود به فعلا كالغصب ونحوه أو قولا لكن الفعل شرط صحتها كالنكاح فإنه قول وحضور الشاهدين فعل وهو شرط ، فاختلافهما فى الزمان والمكان يمنع القبول لأن الفعل فى زمان أو مكان غير الفعل فى زمان أو مكان آخر فاختلف المشهود به اه .

وفى الأقضية : وإذا شهد الشاهدان على إقرار رجل بدين أو إبراء من مال أو ما أشبه ذلك . واختلفا فى الزمان والمكان فالشهادة مقبولة لأن الإقرار مما يعاد ويكرر فيكون عين الأول فلم يختلف المشهود به فتقبل شهادتهما من المحيط البرهانى ف ٢١ .

فى البزازية : ولو سألهما القاضى عن الزمان أو المكان فقالا لا نعلم تقبل لأنهما لم يكلفا به اه . وفى الفتح وغيره : ولا يكلف الشاهد إلى بيان الوقت والمكان شرح الملتقى للعلائى .

وفى التنقيح : إذا خالفت الشهادة الدعوى ثم أعيدتا تقبل ما دام فى المجلس ولم يبرح عنه وهو ظاهر الرواية (قوله وهذا أحد الأصول المتقدمة) نبه عليه دون ما قبله لدفع توهم عدم أصليته بسبب كونه مفرعا على ما قبله فإنه لا تنافى كما قدمناه وإلا فما قبله أصل أيضا كما علمت فتنبه (قوله فلو ادعى ملكا مطلقا) كان الأنسب أن يفرع بقوله فلو ادعى ألفين وشهدا بألف قبلت اتفاقا لوجود التطابق معنى وهذا التفريع مشعر بما قاله فى البحر من أن اشتراط المطابقة بين الدعوى والشهادة إنما هو فيما كانت الدعوى شرطا فيه كما قدمناه قريبا (قوله بسبب) حال من الضمير المجرور العائد على الملك (قوله كشراء أو إرث) تبع فيه الكنز ، والمشهور أنه كدعوى الملك المطلق كما فى البحر ، وسيذكره الشارح بقوله قلت : فلو أسقط هنا لكان أولى حلبى (قوله قبلت الخ) توضيح المسألة كما فى الفوائد الزينية : ادعى ملكا مطلقا فشهدا بسبب وسأل القاضى المدعى هل هو لك بهذا السبب الذى شهدوا به أم بسبب آخر ، فإن قال بالسبب الذى شهدوا به تقبل وإلا لا كما فى الخلاصة وهو محمل قوله .

قال فى البحر : وأشار المؤلف إلى أنه لو ادعاه بسبب فشهدا بسبب آخر كألف من ثمن مبيع فشهدا بألف من ثمن مغصوب هالك لا تقبل كما فى الخلاصة ، هذا إذا اختلفا فيما هو المقصود فإذا اتفقا فيه كدعوى ألف كفالة عن فلان فشهدا بألف كفالة عن آخر فإنها تقبل كما فى الخلاصة أيضا ، ولو شهدا أنه أقر أنه كفله بألف عن زيد وقال الطالب نعم إنه أقر كذلك لكن كانت الكفالة عن خالد بها له أن يأخذ المال وتقبل الشهادة لاتفاقهما على المقصود فلا يضره اختلاف السبب : ولو قال الطالب : لم يقر كذلك بل أقر أنها كفالة خالد فإنها لا تقبل لأنه أكذب شهوده كذا فى البزازية ، وكما فى أسباب ملك العين كما فى البزازية أيضا . قال : والملك بسبب الهبة كالملك بالشراء ، وكذا كل ما كان حقدا فهو حادث اه فعلى هذا لو ادعى عينا بسبب شراء فشهدا بأنها ملكه بالهبة تقبل اه مع زيادة وتغيير (قوله وعكسه لا) لكن فى الخانية : ادعى دينا بسبب فشهدا بدين مطلق ، قيل لا تقبل . والصحيح أنها تقبل .

وفى البزازية : ادعى ألفا دينا فشهدا أنه دفع إليه ألفا لا ندرى بأى جهة ، قيل لا يقبل ، والأشبه أن يقبل .

بأن ادعى بسبب وشهدا بمطلق (لا) تقبل لكونها بالأكثر كما مر :
قلت : وهذا فى غير دعوى إرث ونتاج

قال فى البحر : ادعى دارا إرثا أو شراء فشهدا بملك مطلق لغت أى لا تقبل البينة لأنهما شهدا بأكثر مما ادعاه المدعى لأنه ادعى ملكا حادثا وهما شهدا بملك قديم وهما مختلفان فإن الملك فى المطلق يثبت من الأصل حتى يستحق المدعى بزوائده ولا كذلك فى الملك الحادث، وترجع الباعة بعضهم على بعض فصارا غيرين والتوفيق متعذر ، لأن الحادث لا يتصور أن يكون قديما ولا القديم حادثا اه .

قال فى الخانية : والملك المطلق يظهر فى حق الزوائد ، وفى رجوع الباعة بعضهم على بعض فصار كأنهم شهدوا له بالزائد قضاء فلا تقبل شهادتهم ، وأشـار محمد فى الكتاب إلى معنى آخر فقال المدعى أقر بالملك لمن ادعى الشراء منه ثم ادعى الانتقال إلى نفسه بالشراء ولم يثبت الانتقال لأنهم لم يشهدوا بالانتقال فلا تقبل شهادتهم اه .

أقول : وبهذا المعنى الآخر يظهر وجه مسألة قبول الشهادة فيما لو ادعى الشراء من مجهول وشهدوا بالمطلق (قوله بأن ادعى بسبب) أى ادعى العين لا الدين بحر (قوله لكونها بالأكثر) وفيه لا تقبل إلا إذا وفق بحر (قوله قلت وهذا فى غير دعوى إرث) لأنه مساو للملك المطلق على المشهور كما قدمناه .

قال فى البحر : وقد جعل المؤلف رحمه الله تعالى دعوى الإرث كدعوى الشراء ، والمشهور أنه كدعوى المطلق كذا فى فتح القدير وجزم به فى البزازية اه .

أقول : وكذا جزم به فى الخلاصة ، وقيد بالدار للاحتراز عن الدين فإن فيه اختلافا .

وفى فتح القدير : لو ادعى الدين بسبب القرض فشهدا بمطلق لا تقبل . وفى المحيط ما يدل على القبول . وعندى الوجه القبول لأن أولوية الدين لا معنى له بخلاف العين اه .

قال الرملى قال فى التتارخانية ناقلا عن المحيط : ولو ادعى على رجل ألف درهم وقال خمسمائة منها ثمن عبد اشتراه منى وقبضه وخمسمائة منها ثمن متاع اشتراه منى وقبضه وشهد الشهود له بالخمسمائة مطلقا قبلت الشهادة على الخمسمائة ، فهذه المسألة تنصيص على أن المدعى إذا ادعى الدين بسبب وشهدا الشهود مطلقا أنه تقبل على الدين ، وبه كان يفتى الشيخ الإمام ظهير الدين المرغينانى ، والمسألة مرت من قبل اه وهو ما تفقه به فى فتح القدير اه .

قلت : وفى نور العين : وقيل تقبل وهو الصحيح . والفرق بين الدين والعين أن العين تحتمل الزوائد فى الجملة ، وحكم المطلق أن يستحق بزوائده والملك بسبب بخلافه فيصير بالسبب مكذبا لشهوده بالمطلق ، بخلاف الدين لأنه لا يحتمل الزوائد فلا إكذاب فافترقا اه وهكذا حرره منلا على التركمانى فى مجموعته الكبرى (قوله ونتاج) لأن المطلق أقل منه لأنه يفيد الأولية على الاحتمال والنتاج على اليقين ، ولو ادعى النتاج وشهدا على الشراء لا تقبل إلا أن يوفق المدعى فيقول نتجت عندى ثم بعتها منه ثم اشتريتها فتقبل كما فى البحر .

وفى البحر أيضا : والحاصل أنهم إذا شهدوا بأكثر مما ادعى ، فان وفق المدعى قبلت فى المسائل كلها وإلا لا وهذا مما يجب حفظه اه .

أقول : أما قول البحر ادعى النتاج وشهدا على الشراء لا تقبل الخ لا يخفى أن الشهادة على الشراء شهادة على الملك بسبب وهو أقل من النتاج فتكون شهادته بالأقل ، وقد مر أن الشهادة بأقل مما ادعى تقبل بلا توفيق

وشراء من مجهول كما بسطه الكمال .

ويظهر من كلام الخانية أن الشهادة بالأقل تقبل إذا صلح ذلك الأقل بيانا لما ادعاه فإنه ذكر أولا أنه إذا ادعى دارا فى يد رجل أنها له وشهدا أنه اشتراها من ذى اليد جازت لأن شهادتهم بالأقل مما ادعى ، وما شهدوا به يصلح بيانا لما ادعاه المدعى ؛ فإنه لو قال ملكى لأنى اشتريتها من ذى اليد يصح ويكون آخر كلامه بيانا للأول ، بخلاف ما إذا ادعى أولا النتاج وشهد بالشراء من ذى اليد لا تقبل إلا أن يوفق وإلا فلا ، لأن دعوى النتاج على ذى اليد لا يحتمل دعوى ملك حادث من جهته ، لأنه لو قال هذه الدابة ملكى بالنتاج من جهة ذى اليد لا يصح كلامه فلا يمكن أن يجعل آخر كلامه بيانا للأول ولا تقبل الشهادة بدون التوفيق اهـ فتأمل .

وفى نور العين : ولو ادعاه نتاجا فشهدا بمطلق تقبل لا فى عكسه ؛ لأن دعوى المطلق دعوى أولية الملك بالاحتمال وشهادة النتاج أولية الملك باليقين فقد شهدا بأكثر مما ادعاه فترد ، وهذه المسئلة تدل على أنه لو ادعى نتاجا ثم مطلقا يقبل لا عكسه ط ادعى نتاجا وشهدا بسبب ترد وفى التتار خانية عازيا للينابيع والشهادة بالنتاج بأن يشهدا بأن هذا كان يتبع هذه الناقة ولا يشترط أداء الشهادة على الولادة كما فى الهندية فى باب تحمل الشهادة

(قوله وشراء من مجهول) كما لو ادعى أنه ملكه اشتراه من رجل أو من زيد ولا يعرف وشهدوا على الملك المطلق فإنها تقبل ، والظاهر المساواة للملك المطلق ، لأنه لما لم يبين البائع صار كأنه لم يذكره ، وكأنه ادعى الملك المطلق حينئذ .

قال فى نور العين : أما لو ادعى من مجهول بأن يقول شريته من محمد أو أحمد فبرهن على الملك المطلق يقبل لأن أكثر ما فيه أنه أقر بالملك لبائعه : وهو لم يجز لأنه أقر لمجهول وهو باطل فكأنه لم يذكر الشراء . فش : قيل لا يقبل فى المجهول أيضا لأنهم شهدوا بأكثر مما يدعيه اهـ .

قال فى البحر . وترك المؤلف رحمه الله تعالى شرطين فى دعوى الشراء :

الأول : أن يدعيه من رجل معروف بأن يقول ملكى اشتريته من فلان وذكر شرائط المعرفة أما إذا قال ملكى اشتريته من رجل أو قال من محمد والشهود شهدوا على الملك المطلق يقبل كذا فى الخلاصة .

الثانى : أن لا يدعى القبض مع الشراء ؛ فإن ادعاهما فشهدوا على المطلق تقبل . وحكى فى الفتح خلافا : قيل تقبل لأن دعوى الشراء مع القبض دعوى مطلق الملك حتى لا يشترط لصحة هذه الدعوى تعيين العبد ، وقيل لا لأن دعوى الشراء معتبرة فى نفسها لا كالمطلق ألا ترى أنه لا يقضى له بالزوائد فى ذلك وقيد بما يكون له أسباب متعددة للاحتراز عما إذا كان للملك سبب واحد فشهدوا بالمطلق تقبل كما لو ادعى أنها أمرأته بسبب أنه تزوجها بكذا فشهدوا أنها منكوحته ولم يذكروا أنه تزوجها تقبل ويقضى بمهر المثل إذا كان بقدر المسمى أو أقل فإن زاد على المسمى لا يقضى بالزيادة كذا فى الخلاصة وأشار المؤلف إلى أن الملك المؤرخ أقوى منه بلا تاريخ فلو أرخ فى دعوى الملك وأطلق شهودة لا تقبل وفى عكسه المختار القبول كما فى الخلاصة ولو ادعى الشراء وأرخه فشهدوا له بلا تاريخ تقبل لأنه أقل وعلى القلب لا تقبل ولو كان للشراء شهران فارخوا شهرا تقبل وعلى القلب لاتقبل كذا فى فتح القدير اهـ .

أقول : وذكره فى الخلاصة أيضا وانظر ما الفرق بينه وبين ما قبله والذى ظهرلى أن الشهادة بالملك المطلق بدون تاريخ أقوى منه بعد دعواه مؤرخا لأنه بدون تاريخ محتمل الأولوية فنى الشهادة به زيادة قال فى البحر ومثله شراء مع دعوى قبض فإذا ادعاهما فشهدا على المطلق تقبل اهـ .

واستثنى فى البحر ثلاثةوعشرين ، وكذا تجب مطابقة الشهادتين لفظا ومعنى إلا فى اثنين وأربعين مسألة مبسوطة فى البحر ،

أقول : لعل وجهه أن شهادة الشهود فى الملك المطلق إنما تبنى على مشاهدة اليد زمانا بحيث يقع فى قلبهم أنه ملكه وهذا لا يتأتى إلا بعد القبض فإن شهدوا ولم يدع القبض يكون مكذبا بالشهود تأمل (قوله واستثنى فى البحر ثلاثة وعشرين) الأولى تقديم هذا عند قول المصنف فإذا وافقتها قبلت وإلا لا كما فعل صاحب البحر وقال فى بيانها ادعى المديون الإيفاء فشهدا على إبراء الدين أو على أنه حلله يقبل الثانية .

ادعى : الغصب فشهدا بالإقرار به تقبل الثالثة.

ادعى : الكفيل الإيفاء وشهدا على البراءة تقبل ولا يرجع الكفيل على الأصيل ويرجع الطالب على الأصيل كأنه أبرأ الكفيل وإبراء الكفيل لا يوجب إبراء الأصيل الرابعة .

ادعى : عشرة آلاف فشهدوا له بمبلغ عشرة آلاف تقبل لأن المبلغ فى عرفنا هو القدر فإنهم يقولون قبضت مبلغ كذا أى قدره الخامسة .

ادعت : على زوجها أنه وكل وكيلا فطلقها وشهدا أنه طلقها بنفسه تقبل السادسة

ادعت : الطلاق فشهدا بالخلع تقبل لأن وجه التوفيق ممكن السابعة .

إدعى : المديون الإبراء وشهدوا أن المدعى صالح المدعى عليه بمال معلوم تقبل إن كان الصلح بجنس الحق لحصول الإبراء عن البعض بالإسقاط الثامنة .

ادعى : عليه خمسة دنانير بوزن سمرقند وشهدوا بها بوزن مكة تقبل أن تساوى الوزنان أو وزن مكة أقل لا أكثر التاسعة .

ادعت : أنها اشترت هذه الجارية من زوجها بمهرها وشهدا أن زوجها عطاها إياها مهرها من غير أن يجرى العقد بينهما تقبل العاشرة.

ادعى : المديون الإيصال إلى الدائن متفرقا وشهد شهوده بالإيصال مطلقا أو جملة لا تقبل فالمستثنى ثلاثة عشر قلت إنما يكون من ذلك بحذف لا من الأخيرتين لكن ما يأتى فى الفروع صريح فى ذكر لا قال وسيأتى قريبا ثمانية ذكرت منها أربعة عند قوله وكذا فى كل قول جمع مع فعل والأربعة الباقية هو الإيداع والغصب والعارية والديون الثانية والعشرون الشراء من مجهول المذكورة فى الشرح الثالثة والعشرون إذا ادعى القبض مع الشراء فشهدا على الملك المطلق تقبل اهـ .

ثم اعلم أنه فى الحقيقة لا استثناء لأن المخالفة المانعة أن يكون المشهود به أكثر فى كل صورة قالوا بالمنع إنما هو لكونه أكثر من المدعى وفى كل موضع قالوا بالقبول مع صورة المخالفة فإنما هو لكون المشهود به أقل أو كان ذلك فى عتق الجارية وطلاق المرأة يعرف ذلك بالتأمل فى كلامهم (قوله وكذا تجب مطابقة الشهادتين لفظا ومعنى) أى عند أبى حنيفة ويكفى عندهما الاتفاق بالمعنى والمراد باتفاقهما لفظا تطابق لفظيهما على إفادة المعنى بطريق الوضع لا بطريق التضمن فلو ادعى على آخر مائة درهم فشهد واحد بدرهم وآخر بدرهمين وآخر بثلاثة وآخر بأربعة وآخر بخمسة لم تقبل عنده فى شيء لعدم الموافقة لفظا وعندهما يقضى بأربعة وكذا إن شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل عنده ، وعندهما تقبل على الألف إذا كان المدعى يدعى ألفين ويأتى تمامه قريبا (قوله إلا فى اثنين وأربعين مسئلة الخ) أقول قد وجد فى كثير من النسخ زيادة عقيب الوقف عد فيها هذه عن الزواهر سردا ومع ذلك فهى خالية عن الأربعة المذكورة ههنا شرحا أعني ما لو شهد أحدهما ببيع أو قرض

: . . . : . . . . . : . . . . . :

أو طلاق أو عتاق والآخر بالإقرار به وأحببت ذكرها هنا لفائدة لا تخفى قال فى البحر وخرج عن ظاهر قول الإمام مسائل وإن أمكن رجوعها إليه فى الحقيقة .

الأولى : شهد أحدهما أن له عليه ألف درهم وشهد الآخر أنه أقر له بألف درهم تقبل اهـ كذا فى العمدة وهذا قول أبى يوسف ورجحه الصدر ، وقالا لا تقبل ومثلها كما فى خزانة الأكمل إذا شهد أحدهما بالطلاق والآخر بالإقرار به وزاد فى الولوالجية ما لو شهد أحدهما على قرض مائة درهم والآخر على الإقرار بذلك ط .

الثانية : ادعى كرحنطة فشهد أحدهما بأنها جيدة والآخر رديئة والدعوى بالأفضل يقضى بالأقل .

الثالثة : ادعى مائة دينار فقال أحدهما نيسابورية والآخرة بخارية والمدعى يدعى النيسابورية وهو أجود يقضى بالبخارية بلا خلاف ينقل ، ومثله ما لو شهد أحدهما بألف بيض والآخر بألف سود والمدعى يدعى الأفضل تقبل على الأقل . ووجهه فى المسائل الثلاث أنهما اتفقا على الكمية وانفرد أحدهما بزيادة وصف ، ولو كان المدعى يدعى الأقل لا تقبل إلا أن وفق بالإبراء وتمامه فى فتح القدير .

الرابعة : مسئلة الهبة والعطية : أى لو اختلف الشاهدان فقال أحدهما وهبه والثانى أعطاه ، ولا يشترط فى الموافقة لفظا أن يكون بعين ذلك بل إما بعينه أو مرادفه ، حتى لو شهد أحدهما بالهبة والآخر بالعطية يقبل كما نقله سيدى الوالد رحمه الله تعالى ، وحينئذ لا وجه للاستثناء ، لكن ما قدمناه أول المستثنيات من كلام البحر ، وقد خرج عن ظاهر قول الإمام الخ ، وحينئذ فالاستثناء مبنى على ظاهر قول الإمام لا على ما هو التحقيق فى المقام كما أفاده الحموى .

الخامسة : مسألة النكاح والتزويج وقدمناهما أى لو اختلفا فى لفظ النكاح والتزويج وفيها ما تقدم فى التى قبلها .

السادسة : شهد أحدهما أنه جعلها صدقة موقوفة أبدا على أن لزيد ثلث غلتها وشهد آخر أن لزيد نصفها تقبل على الثلث والباقى للمساكين كذا فى أوقاف الخصاف ، وهكذا الحكم لو شهد أحدهما بالكل والآخر بالنصف فإنه يقضى بالنصف المتفق عليه حموى ، ومحله ما إذا كان المدعى يدعى الأكثر ، ولا فرق بين كون المدعى عليه يقر بالوقف وينكر الاستحقاق أو ينكرهما وأقيمت البينة بما ذكر ط .

السابعة : ادعى أنه باع بيع الوفاء فشهد أحدهما به والآخر أن المشترى أقر بذلك تقبل كما فى الفتح لأن فى البيع يتحد لفظ الإنشاء ولفظ الإقرار ولا خصوصية لبيع الوفاء ولا للبيع بل كل قول كذلك ، فإذا شهد أحدهما بالبيع والآخر بالإقرار به تقبل كما فى جامع الفصولين بخلاف الفعل كما فيه أيضا والنكاح كالفعل اهـ .

الثامنة : شهد أحدهما أنها جاريته والآخر أنها كانت له تقبل كما فى الفتح أيضا لأن الأصل بقاء ما كان على ما عليه كان .

التاسعة : ادعى ألفا مطلقا اى غير مقيد بقرض ولا وديعة فشهد أحدهما على إقراره بألف قرض والآخر بألف وديعة تقبل ، فإن ادعى أحد الألفين لا تقبل لأنه أكذب شاهده كذا فى البزازية ، بخلاف ما إذا شهد أحدهما بألف قرض والآخر بألف وديعة فإنها لا تقبل ، ولعل وجهه أن القرض فعل والإيداع فعل آخر ، بخلاف الشهادة على الإقرار بالقرض والإقرار بالوديعة ، فإن الإقرار بكل منهما قول وهو جنس واحد والمقر به وإن كان جنسين لكن الوديعة مضمونة عند الإنكار ، والشهادة إنما قامت بعد الإنكار فكانت شهادة كل منهما قائمة

. . . .

على إقراره بما يوجب الضمان تأمل. ثم رأيت فى البزازية علل بقوله لإتفاقهما على أنه وصل إليه منه الألف وقد جحد فصار ضامنا .

العاشرة : ادعى الإبراء فشهد أحدهما به والآخر على أنه وهبه أو تصدق عليه أو حلله جاز بخلاف ما إذا شهد أحدهما على الهبة والآخر على الصدقة لاتقبل كذا فى البزازية .

الحادية عشرة : ادعى الهبة أى أن الدائن وهبه فشهد أحدهما بالبراءة والآخر بالهبة أو أنه حلله جاز .

الثانية عشرة : ادعى الكفيل الهبة فشهد أحدهما بها والآخر بالإبراء جاز ويثبت الإبراء لا الهبة لأنه أقلهما فلا يرجع الكفيل على الأصيل وهما فى البزازية أى لأن إبراء الطالب للكفيل لا يوجب رجوع الكفيل على الأصيل بخلاف هبة الطالب الكفيل فافهم .

الثالثة عشرة : ادعى رجل عبدا فى يد رجل فأنكره المدعى عليه فشهد أحدهما على إقراره أنه أخذ منه العبد والآخر على إقراره بأنه أودعه منه هذا العبد تقبل لإتفاقهما على الإقرار بالأخذ .

الرابعة عشرة : شهد أحدهما أنه غصبه منه والآخر أن فلانا أودعه منه هذا العبد يقضى للمدعى ولا يقبل من المدعى عليه ببينة بعده لأن الشاهدين شهدا على الإقرار بالأخذ لكن بحكم الوديعة أو الأخذ مفردا .

الخامسة عشرة : شهد أحدهما أنها ولدت منه والآخر أنها حبلت منه تقبل لإتفاقهما على الحبل منه وصورتها فيما لو علق طلاقها على الحبل فإن الولادة يلزمها الحبل ، فقد اتفق الشاهدان عليه ، ولا يصح تعليقها على الولادة فإن الحبلى قد لاتلد لموتها أو موت الولد فى بطنها فافهم .

السادسة عشرة : شهد أحدهما أنها ولدت ذكرا وقال الآخر أنثى تقبل كذا فى البزازية . وهذه متحدة مع التى قبلها فى التصوير ، فالأنسب أن يذكر بدلها مافى البزازية : شهد أحدهما أنه أقر أنه غصب من فلان كذا والآخر أنه أقر بأنه أخذه منه تقبل .

السابعة عشرة : شهد أحدهما أن المدعى عليه أقر أن الدار للمدعى والآخر أنه سكن فيها تقبل أى أن المدعى سكن فيها فهى شهادة بثبوت يد المدعى عليها والأصل فى اليد الملك فقد وافق فى الأولى تأمل

الثامنة عشرة أنكر إذن عبده فشهد أحدهما على أنه أذن له فى الثياب والآخر أنه أذن له فى الطعام تقبل لأن الإذن فى نوع يعم الأنواع كلها لأنه لايتخصص بنوع كما ذكروه فى المأذون ، بخلاف ما إذا قال أحدهما أذنه صريحا وقال الآخر رآه يبيع ويشترى فسكت لايقبل .

التاسعة عشرة : اختلف شاهد الإقرار بالمال فى كونه اقر بالعربية أو بالفارسية تقبل بخلافه فى الطلاق . قال فى الأشباه : والأصح القبول فيهما .

العشرون : شهد أحدهما أنه قال لعبده انت حر وقال الآخر له آزدى تقبل لأن آزدى كلمة فارسية معناها حر .

الحادية والعشرون : قال لامرأته إن كلمت فلانا فأنت طالق فشهد أحدهما أنها كلمته غدوة والآخر عشية طلقت لأن الكلام يتكرر فيمكن أنها كلمته فى الوقتين .

الثانية والعشرون : إن طلقتك فعبدى حر فقال أحدهما طلقها اليوم وقال الاخر طلقها أمس أى فى اليوم الذى قبل يوم الشهادة لاقبل يوم التعليق يقع الطلاق والعتاق لأن المعلق عليه طلاق مستقبل .

. . . .

الثالثة والعشرون : شهد أحدهما أنه طلقها ثلاثا البتة والآخر أنه طلقها ثنتين البتة يقضى بطلقتين ويملك الرجعة لأنه لايحتاج إلى قوله البتة فى ثلاث لأن الثلاث طلاق بائن فتوله البتة لغو فكأنه لم يذكره وانفرد بذكر، الشاهد الثانى فصار الاختلاف بين الشاهدين فى مجرد العدد، وقد اتفقا على الثنتين فيقضى بهما وتلغو الثالثة لانفراد أحدهما كما لغا لفظ البتة لذلك فلذا كان الطلاق رجعيا فافهم . لكن الظاهر أن قبول الشهادة هنا مبنى على قول محمد لأنه فى البزازية عزاه إليه . وعند أبى حنيفة لاتقبل أصلا لما فى البحر عن الكافى شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل عنده . وعندهما تقل على ألف إذا كان المدعى يدعى ألفين وعلى هذا المائة والمئتان والطلقة والطلقتان والطلقة والثلاث ثم ذكر فى البحر بعد ورقة مستدركا على مافى البزازية أن مافى الكافى هو المذهب .

الرابعة والعشرون : شهد أحدهما أنه أعتق بالعربى والآخر بالفارسى تقبل للاتفاق فى المعنى وهى مكررة مع المسألة العشرين .

الخامسة والعشرون : اختلفا فى مقدار المهر يقضى بالاقل كما فى البزازية ، لكن فى جامع الفصولين شهدا ببيع أو إجارة أو طلاق أو عتق على مال واختلفا فى قدر البدل لاتقبل إلافى النكاح ويرجع فى المهر إلى مهر المثل وقالا لاتقبل فى النكاح أيضا اه .

قلت : والظاهر أن هذا فيما إذا أنكر الزوج النكاح من أصله وكذا البيع ونحوه وماذكره فى البحر فيما إذا اتفقا على النكاح واختلفا فى قدر المهر . ووجه عدم القبول فى البيع ونحوه أن العقد بألف مثلا غير العقد بألفين وكذا النكاح على قولهما وعلى قوله باستثناء النكاح أن المال فيه غير مقصود ولذا صح بدون ذكره بخلاف البيع ونحوه . وينبغى أن يكون ماذكرناه عن البحر على الخلاف المار آنفا عن الكافى :

السادسة والعشرون : شهد أحدهما أنه وكله بخصومة مع فلان فى دار سماه وشهد الآخر أنه وكله بخصومة فيه وفى شىء آخر تقبل فى دار اجتمعا عليه أى فيما اتفق عليه الشاهدان من الخصومة فى دار كذا دون مازاده الآخر إذ الوكالة تقبل التخصيص . وفيما اتفق عليه الشاهدان تثبت الوكالة لافيما تفرد به أحدهما ، فلو ادعى وكالة معينة فشهد أحدهما بها والآخر بوكالة عامة ينبغى أن تثبت المعينة .

السابعة والعشرون : شهد أحدهما بأنه وقفه فى صحته والآخر بأنه وقفه فى مرضه قبلا إذا شهدا بوقف بات إلا أن حكم المرض ينتقض فيما لايخرج من الثلث وبهذا لاتمتنع الشهادة كما لو شهد أحدهما أنه وقف ثلث أرضه والآخر أنه وقف ربعها كذا فى جامع الفصولين من كتاب الوقف من أحكام المرضى . قال فى الإسعاف : ثم إن خرجت من ثلث ماله كانت كلها وقفا وإلا فبحسابه ، ولو قال أحدهما وقفها فى صحته وقال الآخر جعلها وقفا بعد وفاته لم تقبل إن خرجت من الثلث لأن الثانى شهد بأنها وصية وهما مختلفان اه .

الثامنة والعشرون : لو شهد أنه أوصى له يوم الخميس والآخر أنه أوصى له يوم الجمعة جازت لأنها كلام لاتختلف بزمان ومكان كذا فى وصايا الولوالجية .

التاسعة والعشرون : ادعى مالا فشهد أن المحتال عليه أحال غريمه بهذا المال وشهد الآخر أنه كفل عن غريمه بهذا المال تقبل كذا فى القنية .

صورتة : ادعى زيد على عمرو مالا فأقام زيد شاهدين شهد أحدهما أن عمرا محال عليه يعنى أن دائنه احال زيدا عليه بماله عليه من الدين وشهد الثانى أن عمرا كفل عن مديون زيد بهذا المال .

. : : : . . : . . . .

وحاصله أن المال على عمرو غير أن أحد الشاهدين شهد أن المال لزمه بطريق الإحالة عليه والآخر شهد أن المال لزمه بطريق الكفالة يقضى بالكفالة لأنها الأقل لكن هذا التصوير لا يوافق عبارة البحر والموافق لها ما لوكان لزيد على عمرو ألف مثلا فأحال عمرو زيد بالألف على بكر ودفعها بكر ثم ادعى بها بكر على عمرو : فشهد أحد الشاهدين بما ذكر وشهد الآخر أن بكر كفل عمرا باذنه وأنه دفع الألف لزيد لكن عبارة القنية : ادعى مالا فشهد أحدهما أن المحتال عليه احتال عن غريمه هذا المال الخ والغريم يطلق على الدائن وهو المراد بالأول وعلى المديون وهو المراد بالثاني وعلى هذا فغريمه فى كلام البحر بالرفع فاعل أحال والمراد به عمرو المديون لأنه المحيل لزيد على بكر وهذا معنى قول القنية أن المحتال عليه احتال عن غريمه : أى أن بكرا قبل الحوالة عن غريمه عمرو .

(الثلاثون) شهد أحدهما أنه باعه بكذا إلى شهر وشهد الآخر بالبيع ولم يذكر الأجل تقبل .

(الحادية والثلاثون) شهد أحدهما أنه باعه بشرط الخيار ثلاثة أيام ولم يذكر الآخر الخيار تقبل فيهما أى فى هذه المسئلة والتى قبلها ، لكن فى التى قبلها صرح بقوله تقبل فلا حاجة إلى قوله فيهما والمراد أنه يثبت البيع وإن لم يثبت الأجل والشرط كما ذكره الزيلعى فى باب التحالف .

(الثانية والثلاثون) من وكالة منية المفتى : شهد واحد أنه وكله بالخصومة فى هذه الدار عند قاضى البصرة وآخر قال عند قاضى الكوفه جازت شهادتهما أى على أصل الوكالة بالخصومة .

(الثالثة والثلاثون) فى أدب القضاء للخصاف من باب الشهادة بالوكالة : شهد أحدهما أنه وكله فى القبض والآخر أنه جراه تقبل لأن الجراية والوكالة سواء والجرى والوكيل سواء فقد اتفق الشاهدان فى المعنى واختلفا فى اللفظ وأنه لا يمنع . قال فى الصحاح فى باب الألف المقصورة : الجرى الوكيل والرسول .

(الرابعة والثلاثون) شهد أحدهما أنه وكله بقبضه والأخر أنه سلطه على قبضه تقبل .

(الخامسة والثلاثون) شهد أحدهما أنه وكله بقبضه والآخر أنه أوصى إليه بقبضه فى حياته تقبل لأن الوصاية فى الحياة وكالة كما أن فى الوكالة بعد الموت وصاية كما صرحوا به فالمراد بالوصاية هنا الوكالة حقيقه لتقييدها بقوله فى حياته فافهم .

(السادسة والثلاثون) شهد أحدهما أنه وكله بطلب دينه والآخر بتقاضيه تقبل .

(السابعة والثلاثون) شهد أحدهما أنه وكله بقبضه والآخر بطلبه تقبل .

(الثامنة والثلاثون) شهد أحدهما أنه وكله بقبضه والآخر أنه أمره بأخذه أو أرسله ليأخذ تقبل وهى فى أدب القضاء وما قبلها .

(التاسعة والثلاثون) اختلفا فى زمن إقراره بالوقف تقبل قال فى جامع الفصولين لو اختلف الشاهدان فى زمان أومكان أو إنشاء وإقرار بأن شهد أحدهما على إنشاء والآخر على إقرار وإن كان هذا الاختلاف فى فعل حقيقة أو حكما يعنى فى تصرف فعل كجناية وغصب أو فى قول ملحق بالفعل كنكاح لتضمنه فعلا وهو إحضار الشهود يمنع قبول الشهادة وإن كان الاختلاف فى قول محض كبيع وطلاق وإقرار وإبراء وتحرير أو فى فعل ملحق بالقول وهو القرض لا يمنع القبول وإن كان القرض لا يتم إلا بالفعل وهو التسليم لأن ذلك محمول على قول المقترض أقرضتك فصار كطلاق وتحرير وبيع اه .

وزاد ابن المصنف فى حاشيته على الأشباه ثلاثة عشر أخر تركتها خشية التطويل (بطريق الوضع) لا التضمن واكتفيا بالموافقة المعنوية وبه قالت الأئمة الثلاثة .

قلت : ووجهه أن القول إذا تكرر فمدلوله واحد فلم يختلف بخلاف الفعل وإطلاق الإقرار يفيد أن الوقف غير قيد .

الأربعون : اختلفا فى مكان إقراره به تقبل .

الحادية والأربعون : اختلفا فى وقف . فى صحته أو فى مرضه تقبل وهى مكررة مع السابعة والعشرين .

الثانية والأربعون : شهد أحدهما بوقفها على زيد والآخر على عمرو تقبل وتكون وقفا على الفقراء لاتفاق الشاهدين على الوقف وهو صدقة ، انتهى ما فى البحر مع زيادة من حاشية سيدى الوالد رحمه الله تعالى .

أقول : وتقدم فى آخر الوقف مازاده الشيخ صالح ابن المصنف رحمهما الله تعالى فارجع إليه (قوله تركتها خشية التطويل) يعنى ههنا وإلا فقد ذكرها فى آخر الوقف (قوله بطريق الوضع) أى بمعناه المطابقى وهذا جعله الزيلعى تفسيرا للموافقة فى اللفظ حيث قال والمراد بالإتفاق فى اللفظ تطابق اللفظين على إفادة المعنى بطريق الوضع لا بطريق التضمن ، حتى لو ادعى رجل مائة درهم فشهد شاهد بدرهم وآخر بدرهمين وآخر بثلاثة وآخر بأربعة وآخر بخمسة لم تقبل عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لعدم الموافقة لفظا . وعندهما يقضى بأربعة اهـ .

والذى يظهر من هذا أن الإمام اعتبر توافق اللفظين على معنى واحد بطريق الوضع ، وأن الإمامين اكتفيا بالموافقة المعنوية ولو بالتضمن ولم يشترطا المعنى الموضوع له كل من اللفظين . وليس المراد أن الإمام اشترط التوافق فى اللفظ والتوافق فى المعنى الوضعى وإلا أشكل ما فرعه عليه من شهادة أحدهما بالنكاح والآخر بالتزويج . وكذا الهبة والعطية . فإن اللفظين فيهما مختلفان ولكنهما توافقا فى معنى واحد أفاده كل منهما بطريق الوضع . ويدل على هذا التوفيق أيضا ما نقله الزيلعى عن النهاية حيث قال ، إن كانت المخالفة بينهما فى اللفظ دون المعنى تقبل شهادته وذلك نحو أن يشهد أحدهما على الهبة والآخر على العطية وهذا لأن اللفظ ليس بمقصود فى الشهادة بل المقصود ماتضمنه اللفظ وهو ما صار اللفظ علما عليه فإذا وجدت الموافقة فى ذلك لاتضر المخالفة فيما سواها قال هكذا ذكره ولم يحك فيه خلافا انتهى ، وهذا بخلاف الفرع السابق الذى نقلناه عنه فإن الخمسة معناها . المطابقى لا يدل على الأربعة بل تتضمنها ولذا لم يقبلها الإمام وقبلها صاحباه لاكتفائهما بالتضمن .

والحاصل : أنه لا يشترط عند الإمام الاتفاق على لفظ بعينه ، بل إما بعينه أو بمرادفه ، وقول صاحب النهاية لأن اللفظ ليس بمقصود مراده به أن التوافق على لفظ بعينه ليس بمقصود لا مطلقا كما ظن فافهم (قوله لا التضمن) هذا تأكيد لقوله يجب مطابقة الشهادتين : أى دلالتهما على المعنى مطابقة ، وهى دلالة اللفظ على تمام معناه ، والتضمن دلالته على جزء المعنى (قوله واكتفيا) أى الصاحبان بالموافقة المعنوية فيحكمان بالأقل فى مسألة الألف والألفين والمائة والمائتين والطلقة والثلاث .

فإن قيل : يشكل على قول الكل ما لوشهد أحدهما أنه قال لها أنت خلية والآخر أنت برية لا يقضى ببينونة أصلا مع إفادتهما معناها . وأجيب بمنع الترادف بل هما متباينا المعنيين يلزمهما لازم واحد وهو وقوع البينونة والمتباينات قد تشترك فى لازم واحد . فاختلافهما ثابت فى اللفظ والمعنى فلما اختلف المعنى منهما كان

(ولو شهد أحدهما بالنكاح والآخر بالتزويج قبلت) لاتحاد معناهما (وكذا الهبة والعطية ونحوهما) ولو شهد أحدهما بألف والآخر بألفين أو مائة ومائتين أو طلقة أو طلقتين أو ثلاث (ردت) لاختلاف المعنيين. (كما لو ادعى غصبا أو قتلا فشهد أحدهما به والآخر بالإقرار به) لم تقبل .

دليل اختلاف تحملهما ، فإن هذا يقول ما وقعت البينونة إلا بوصفها بخلية والآخر يقول لم تقع إلا بوصفها ببرية وإلا فلم تقع البينونة وتمامه فى الفتح (قوله ولو شهد أحدهما بالنكاح الخ) أشار بذلك إلى أنه لايشترط عند الإمام فى الموافقة أن تكون بعين اللفظ بل بعينه أو بمرادفه كما ذكرنا لأن كلا من النكاح والتزويج يدلان على المعنى المشهود به بالمطابقة فكانا متحدين على المعنى الذى أردنا ولذلك رجعت مسائل من المستثنيات إلى هذا (قوله لا تحاد معناهما) أى مطابقة فصار كأن اللفظ متحد أيضا فافهم ، وهذا التعليل يصلح لقولهما ولقول الإمام أيضا لما مر آنفا من أنه يعتبر الاتحاد ولو بمرادف اللفظ ، فمن قال هنا إن التعليل لا يظهر إلا على قولهما فغير ظاهر فتدبر .

فإن قلت : شرط فى المتن الاتحاد لفظا ومعنى أن يكون كل لفظ دالا على ذلك المعنى بطريق الوضع لا التضمن ، والمراد بالموافقة المعنوية غير الكافية للقبول أن يدل أحد اللفظين على المعنى المشهود به بالمطابقة والآخر بالتضمن ، فقوله هنا لا تحاد معناهما أفاد أن كلا من النكاح والتزويج يدلان على المعنى المشهود به بالمطابقة فكانا متحدين لفظا ومعنى على المعنى الذى عناه بذلك كما قدمنا الإشارة إليه سابقا (قوله وكذا الهبة الخ) أى لأن الكل يؤذن بالتبرع ، بخلاف ما لو شهد أحدهما بأنه دفع على وجه الأمانة والآخر اقتصر على لفظا أعطاه ، لأن الثانى وهو أعطى يدل على التبرع ، فلا يضره التفريط ، بخلاف الأول وهو دفعه أمانة ، وقوله ونحوهما : أى من كل لفظين دلا على معنى واحد بالمطابقة فإن الاختلاف فيهما لايمنع القبول ، كما إذا ادعى الإبراء فشهد أحدهما به والآخر على أنه وهبه له أو تصدق عليه به أو ملكه منه (قوله ردت) هذا هو المذهب ، وقيل يقضى بالطلاق بالأقل اتفاقا لأنه إذا لم يثبت الألفان لم يثبت ما فى الضمن من الألف حموى (قوله لاختلاف المعنيين) أى بالمعنى الذى قدمه ، لأن دلالة اللفظين على المعنى بالمطابقة يسميه اتحادا لفظا ومعنى ، ودلالة أحد اللفظين بالتضمن يسميه اتحادا معنى فقط (قوله لم تقبل) وجه عدم القبول أن اختلافهما فى الإنشاء والإقرار وقع فى الفعل فمنع قبول الشهادة ، وهذا بخلاف مالو شهد أحدهما بالبيع أو القرض أو الطلاق أو العتاق والآخر بالإقرار به فإنها تقبل لأن صيغتى الإنشاء والإقرار فى هذه التصرفات واحدة ، فإنه يقول فى الإنشاء بعت ، وأقرضت وفى الإقرار كنت بعت وأقرضت فلم يمنع قبول الشهادة محيط ط .

قال الرملى : ذكر فى باب اختلاف الشهادات من شهادات الجامع : وليس الاختلاف بين الشاهدين بمنزلة الاختلاف بين الدعوى والشهادة لأن شهادة الشاهدين ينبغى أن تكون كل واحدة منهما مطابقة للأخرى فى اللفظ الذى لا يوجب خللا فى المعنى . أما المطابقة بين الدعوى والشهادة فينبغى أن تكون فى المعنى خاصة ولا عبرة للفظ ، حتى لو ادعى الغصب وشهد أحدهما على الغصب والآخر على الإقرار بالغصب لا تقبل ، ولو شهدا على الإقرار بالغصب تقبل ، وتمامه فى الفصول العمادية اه .

وفى جامع الفصولين : ادعى قتلا وشهد به وآخر أنه أقر به ترد ، إذ الإقرار يتكرر لا القتل .

قال الرملى فى حاشيته عليه : أقول فلو اتفقا على الشهادة بالإقرار كما هو ظاهر ، وقد صرح به فى التتارخانية

ولو شهدا بالإقرار به قبلت (وكذا) لا تقبل (فى كل قول جمع مع فعل) بأن ادعى ألفا فشهد أحدهما بالدفع والآخر بالإقرار بها لا تسمع للجمع بين قول وفعل قنية، إلا إذا اتحد لفظا كشهادة أحدهما ببيع أو قرض أو طلاق أو عتاق والآخر بالإقرار به فتقبل لاتحاد صيغة الإنشاء والإقرار فإنه يقول فى الإنشاء بعت واقترضت وفى الإقرار كنت بعت واقترضت فلم يمنع القبول، بخلاف شهادة أحدهما بقتله عمدا بسيف والآخر به بسكين لم تقبل لعدم تكرر الفعل بتكرر الآلة محيط وشرنبلالية.

(وتقبل على ألف فى) شهادة أحدهما (بألف و) الآخر (بألف ومائة

عن المحيط قال بعد أن رمز للمحيط وصور المسئلة: وإذا شهد أحدهما على إقراره أنه قتله عمدا بالسيف وشهد الآخر على إقراره أنه قتله عمدا بالسكين فقال ولى القتيل إنه أقر بما قالا ولكنه والله ما قتله إلا بالسيف أو قال صدقا جميعا ولكنه والله ما قتله إلا بالرمح فهذا كله سواء ويقتص من القاتل اهـ تدبره.

هذا، وقد صرح أيضا فى شرح الغرر بالمسألة فقال بعد ما ذكر المسألة التى هنا، بخلاف ما إذا شهدا بالإقرار به حيث تقبل انتهى (قوله ولو شهدا بالإقرار به قبلت) مقتضاه أنه لا يضر الاختلاف بين الدعوى والشهادة فى قول مع فعل، بخلاف اختلاف الشاهدين بذلك لأن الموافقة المعنوية يكتفى بها بين الشهادة والدعوى، وأما بين الشهادتين فلا بد من الموافقة فى اللفظ والمعنى عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى، وتقبل عندهما فيهما (قوله وكذا لا تقبل فى كل قول جمع مع فعل) بأن يكون القول من أحدهما والفعل فى لفظ الآخر.

أقول: ومن ذلك ما ذكره فى جامع الفصولين من الفصل الحادى عشر من اختلاف الدعوى والشهادة: لو شهد أحدهما بنكاح والآخر بإقراره به لا يقبل كالغصب. ومنه ادعى رهنا فشهد بمعاينة القبض وشهد آخر أن الراهن أقر بقبض المرتهن لا يقبل. ومنه شهد أحدهما أن المدعى بيد المدعى والآخر أنه أقر أنه بيده لا يقبل، ولو شهد أحدهما بايداعه والآخر أنه أقر بإيداعه فعلى قياس الغصب لا تقبل اهـ (قوله لا تسمع للجمع بين قول وفعل) بخلاف ما إذا شهد أحدهما بألف للمدعى على المدعى عليه وشهد الآخرى على إقرار المدعى عليه بألف فإنه يقبل لأنه ليس بجمع بين قول وفعل، أفاده سيدى الوالد عن منلا على (قوله إلا إذا اتحدا لفظا) الظاهر أن الاستثناء منقطع لأنه لافعل مع قول فى هذه الصور بل قولان، لأن الإنشاء والإقرار به كل منهما قول بدليل قول الشارح بعد سطر لاتحاد صيغة الإنشاء الخ (قوله ببيع الخ) هذه الأربع كما تقبل مع اختلاف الشاهدين فهى أيضا من الثلاثة والعشرين المستثناة فى البحر المتقدمة التى لا يشترط فيها موافقة الدعوى الشهادة بأن ادعى البيع ونحوه وشهدا بالإقرار، وقدمنا الإشارة إليه (قوله فتقبل لاتحاد صيغة الإنشاء والإقرار) أى باعتبار آخر صيغة الإقرار وإلا ففيها زيادة لفظ كنت ولا حاجة إلا إثبات لفظ كنت لأنه يقول فى الإقرار بعت ونحوه مريدا به الإخبار ط (قوله لعدم تكرر الفعل) أى الواحد وهو القتل هنا أى لعدم إمكان تكرره (قوله محيط وشرنبلالية) الأولى شرنبلالية عن المحيط فإنه نقله عنه (قوله بألف ومائة) بخلاف العشر والخمسة عشر حيث لا تقبل لأنه مركب كالألفين إذ ليس بينهما حرف العطف ذكره الشارح: أى الزيلعى بحر، وتعليلهم فى هذه المسألة وفى المسألة السابقة يقتضى فى السابقة أنه لو شهد أحدهما بألف والآخر بألف وألف على طريق العطف تقبل فى الألف اتفاقا فإذا ادعى الأكثر أو وفق فى دعواه بالأقل ثم أورد صاحب الكاف وغيره العشر وخمسة عشر كما قدمناه فى صدر العبارة من أنها لا تقبل فيها. وفى القنية ينبغى أن تقبل.

أقول: هو الأشبه لأن العاطف مقدر فيه ولذلك بنى المقدر كالملفوظ بخلاف التثنية، ولأن جزء لفظه يدل على جزء معناه إذ ليس هو علما.

إن ادعى) المدعى (الأكثر) لا الأقل إلا أن يوفق باستيفاء أو إبراء ابن كمال وهذا فى الدين .
(وفى العين تقبل على الواحد ، كما لو شهد واحد أن هذين العبدين له وآخر أن هذا له قبلت على) العبد (الواحد) الذى اتفقا عليه (اتفاقا) درر (وفى العقد لا) تقبل (مطلقا) سواء كان المدعى أقل المالين أو أكثرهما عزمى زاده :
ثم فرّع على هذا الأصل بقوله (فلو شهدواحد بشراء عبد أو كتابته على ألف وآخر بألف وخمسمائة ردت)

هذا ، وقدصرح بخلافه فى البزازية وهو محل تأمل كما لايخفى ، وقول البحر حيث لا تقبل : أى شهادة مثبت الزيادة الآن المدعى الخ إلا إذا وفق المدعى فحينئذ تقبل لما سبق ، فظهر أن الشهادة لو كانت بأكثر من المدعى به لاتقبل بلا توفيق ، ولا يكفى إمكانه بل لابد منه بالفعل وأما إذا كانت بأقل منه تقبل (قوله إن المدعى ادعى الأكثر) أطلقه فشمل من مائة إلى تسعمائة ، فقول المصنف على ألف فى بألف ومائة مثال من جملة الأمثلة لم يخص به شمول الأكثر وعمومه هنا (قوله لا الأقل) فلا تقبل لأن المدعى كذب من شهد بالزيادة ، والفرق بين هذا وما تقدم ما إذا شهد بألف وألفين فإنهما هنا متفقان على ألف فى شهادة أحدهما بألف والآخر بألف ومائة وفيما تقدم غير متفقين فى شهادة أحدهما بألف والآخر على ألفين كذا فى صدر الشريعة (قوله إلا أن يوفق) أى المدعى كأن يقول كان لى عليه كما شهدا إلا أنه أوفانى كذا بغير علمه فإنها تقبل للتصريح بالتوفيق.

وعلم من ذلك أن أحوال من يدعى أقل المالين إذا اختلفت الشهادة لا يخلو عن ثلاثة : إما أن يكذب الشاهد بالزيادة أو يسكت عن التصديق والتوفيق أو يوفق ، وجواب الأولين بطلان الشهادة والقضاء دون الآخر كما فى العناية . وفى البحر : ولا يحتاج هنا إلى إثبات التوفيق بالبينة لأنه يتم به بخلاف مالو ادعى الملك بالشراء فشهدا بالهبة فإنه يحتاج لإثباته بالبينة (قوله وهذا فى الدين) أى اشتراط الموافقة بين الشهادتين لفظا بحسب الوضع فى الدين الخ فاسم الإشارة راجع إلى معلوم من الأصول السابقة (قوله تقبل على الواحد) أى الذى عينه أحدهما (قوله وفى العقد لا تقبل) قال فى البحر : وذكر علاء الدين السمرقندى أن الشهادة تقبل فى مسألة الكتاب لأن التوفيق ممكن لأن الشراء الواحد قد يكون بألف ثم يصير بألف وخمسمائة فقد اتفقا على على شراء واحد ، بخلاف ما لو شهد أحدهما بألف درهم وشهد الآخر بمائة دينار ، لأن الشراء لا يكون بألف درهم ثم يصير بمائة دينار اه وهو عجيب منه فإن المسألة نص محمد فى الجامع الصغير ، وقد أجاب فى العناية عن دليله بأنه إذا اشترى بألف ثم زاد خمسمائة لا يقال اشترى بألف وخمسمائة ولهذا يأخذ الشفيع بأصل الثمن انتهى (قوله سواء الخ) وسواء كان المدعى البائع أو المشترى (قوله عزمى زاده) ليس هذا فى كلامه بل هى عبارة الدرر ولم يكتب عليها عزمى شيئا (قوله أو كتابته على ألف) هذا شامل لما إذا ادعاها العبد وأنكر المولى وهو ظاهر ، لأن مقصوده هو العقد ولما إذا كان المدعى هو المولى كما زاده صاحب الهداية على الجامع . قال فى الفتح لأن دعوى السيد المال على عبده لا تصح ، إذ لا دين له على عبده إلا بواسطة دعوى الكتابة فينصرف إنكار العبد إليه للعلم بأنه لا يتصوّر له عليه دين إلا به فالشهادة ليست إلا لإثباتها اه . وفى البحر والتبيين : وقيل لاتفيد بينة المولى لأن العقد غير لازم فى حق العبد لتمكنه من الفسخ بالتعجيز اه . وجزم بهذا القيل العينى ، وهو موافق لما يفهم من عبارة الجامع أفاده سيدى الوالد رحمه الله تعالى رحمة واسعة (قوله ردت) قدمنا قريبا عن علاء الدين السمرقندى أن الشراء الواحد قد يكون بألف الخ ، وأن المسألة نص عليها محمد فى الجامع الصغير وخلاف المنقول ليس محل التخريج ، وكون المدعى البائع كذلك من غير فرق كما فى الشروح المعتبرة إذ

لأن المقصود إثبات العقد وهو يختلف باختلاف البدل فلم يتم العدد على كل واحد (ومثله العتق بمال والصلح عن قود والرهن والخلع

الزيادة كالحط كما سبق فى كتاب البيع ، فلا يصح القول بالقبول فى الشراء دون البيع على أن هذا التخريج ليس بصحيح إذ لو صح لزم القضاء ببيع بلا ثمن لأنه لم يثبت أحد الثمنين بشهادتهمافتعود الخصومة كما كانت كما فى الفتح ، نعم لو صرح بالتوفيق ينبغى أن تقبل على الأقل ، ولم أر من صرح به ، فحينئذ يحمل عليه ما نقل عن السمرقندى تدبر (قوله وهو يختلف) أشار إلى أنهما لو شهدابالشراء ولم يبينا الثمن لم تقبل ، وتمامه فى البحر . وقال الخير الرملى فى حاشيته عليه : المفهوم من كلامهم فى هذا الموضع وغيره أنه فيما يحتاج فيه إلى القضاء بالثمن لا بد من ذكره وذكر قدره وصفته ،وما لايحتاج فيه إلى القضاء به لا حاجة إلى ذكره تنبه .

وفى المبسوط : وإذا ادعى رجل شراء دار فى يد رجل وشهد شاهدان ولم يسميا الثمن والبائع ينكر ذلك فشهادتهما باطلة لأن الدعوى إن كانت بصفة الشهادة فهى فاسدة وإن كانت مع تسمية الثمن فالشهود لم يشهدوا بما ادعاه المدعى ، ثم القاضى يحتاج إلى القضاء بالعقد ، ويتعذر عليه القضاء بالعقد إذا لم يكن الثمن مسمى ، لأنه كما لا يصح البيع ابتداء بدون تسمية الثمن ، فكذلك لايظهر القضاء بدون تسمية الثمن ، ولا يمكنه أن يقضى بالثمن حين لم يشهد به الشهود ثم قال : فإن شهدا على إقرار البائع بالبيع ولم يسميا ثمنا ولم يشهدا بقبض الثمن فالشهادة باطلة لأن حاجة القاضى إلى القضاء بالعقد ، ولا يتمكن من ذلك إذا لم يكن الثمن مسمى ،وإن قالا :أقر عندنا أنه باعها منه واستوفى الثمن ، ولم يسميا الثمن فهو جائز لأن الحاجة إلى القضاء بالملك للمدعى دون القضاء بالعقد فقد انتهى حكم العقد باستيفاء الثمن ، ولأن الجهالة إنما تؤثر لأنها تفضى إلى منازعة مانعة من التسليم والتسلم ؛ ألا ترى أن مالا يحتاج إلى قبضه فجهالته لا تضر وهو المصالح عنه ،بخلاف ما يحتاج إلى قبضه وهو المصالح ، فإذا أقر باستيفاء الثمن فلا حاجة هنا إلى تسليم الثمن فجهالته لا تمنع القاضى من القضاء بحكم الإقرار (قوله فلم يتم العدد) أى نصاب الشهادة ، وهو شهادة الاثنين على واحد منهما فاختلف المشهود به لاختلاف الثمن وأيضا فإن المدعى يكذب أحد الشاهدين فإن البيع بألف غير البيع بألف وخمسمائة (قوله على كل واحد) لفظ كل مما لا حاجة إليه سعدية (قوله ومثله العتق بمال) أى بأن قال مولى العبد : أعتقتك على ألف وخمسمائة والعبد يدعى الألف أو قال ولى القصاص : صالحتك على ألف وخمسمائة والقاتل يدعى الألف وكذا الباقيات كما فى الدرر (قوله والرهن) أى بأن كان المدعى هو المرتهن فهو كدعوى الدين يثبت أقلهما وإن كان الراهن فلا تقبل الشهادة لأنه ليس له أن يلزمه الرهن إذ الرهن غير لازم فى حق المرتهن ؛ وله أن يفسخه فى أى وقت شاء فلا فائدة فى إقامة البينة ، ولأنه حق عليه والإنسان لا يقيم البينة على حق عليه ، وإنما يقيمها على حق له .

قال فى البحر : وظاهر الهداية أن الرهن إنما هو من قبيل دعوى الدين اه أى فى وجوبها وذا لأنه إذا ادعى أكثر المالين فشهد به شاهد والآخر بالأقل إن كان الأكثر بعطف مثل ألف وخمسمائة قضى بالأقل اتفاقا وإن كان بدونه كألف وألفين فكذلك عندهما ، وعند أبى حنيفة لايقضى بشىء ووجهه أنه إذا أثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقى الدعوى فى الدين كما فى فتح القدير . ويتفرع عليه التوفيق والتكذيب والسكوت حيث تقبل فى الأول وترد فى الأخيرين كما فى البيانية .

أقول ، وتعقب الهداية صاحب العناية تبعا للنهاية بأن عقد الرهن بألف غيره بألف وخمسمائة ، فيجب أن لا تقبل البينة وإن كان المدعي هو المرتهن لأنه كذب أحد شاهديه . وأجيب بأن العقد غير لازم فى حق المرتهن

إن ادعى العبد والقاتل والراهن والمرأة) لف ونشر مرتب إذ مقصودهم إثبات العقد كما مر (وإن ادعى الآخر) كالمولى مثلا (فكدعوى الدين) إذ مقصودهم المال فتقبل على الأقل إن ادعى الأكثر كما مر والإجارة كالبيع) لو (فى أول المدة) للحاجة لإثبات العقد (وكالدين بعدها) لو المدعى المؤجر ، ولو المستأجر فدعوى عقد اتفاقا (وصح النكاح) بالأقل أى (بألف)

حيث كان له ولاية الرد متى شاء فكان فى حكم العدم فكان الاعتبار لدعوى الدين لأن الرهن لا يكون إلا بدين فتقبل البينة كما فى سائر الديون ، ويثبت الرهن بألف ضمنا وتبعا اه .

وفى الحواشى اليعقوبية : ذكر الراهن فى التبيين ليس على ما ينبغى ، وصوّر الزيلعى دعوى الرهن أن يدعى أنه زهنه ألفا وخمسمائة وادعى أنه قبضه ثم أخذه الراهن فيطالب الاسترداد منه فأقام بينة فشهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة ثبت أقلهما (قوله إن ادعى) تقييد لمسألة العتق بمال فقط إن أجرى قول المصنف أو كتابة على عمومه موافقة لما قاله صاحب الهداية أولها إن خص بما إذا ادعى الكتابة العبد موافقة لما فى الجامع ولما فى العينى (قوله والمرأة) قال فى البحر : وإن كان المدعى هو الزوج وقع الطلاق بإقراره ، فيكون دعوى دين فتثبت الأقل وهو ما اتفقا عليه اه (قوله إذ مقصودهم إثبات العقد كما مر) أى وهو مختلف (قوله كالمولى مثلا) أى فى مسألة العتق ، وأشار بالكاف إلى أن ولى المقتول فى الصلح والمرتهن فى الرهن والزوج فى الخلع كذلك (قوله فكدعوى الدين) أى الدين المنفرد عن العقد إذا ثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فتبقى الدعوى فى الدين كما فى الهداية (قوله إذ مقصودهم المال) أى العقد والعتق والعفو والطلاق فيثبت باعتراف صاحب الحق ، فلم تبق الدعوى إلا فى الدين فتح . زاد فى الإيضاح وفى الرهن إن كان المدعى هو الراهن لا تقبل لأنه لاحظ له فى الرهن فعريت الشهادة عن الدعوى وإن كان المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين اه وتقدم قريبا عن اليعقوبية أن ذكر الراهن مما لا ينبغى (قوله فتقبل على الأقل) أى اتفاقا إن شهد شاهد الأكثر بعطف مثل ألف وخمسمائة ، وإن كان بدونه كالألف والألفين فكذلك عندهما ، وعنده لا يقضى بشىء فتح (قوله والإجارة كالبيع لو فى أول المدة) أى لا تثبت بالاختلاف سواء كان المدعى هو المؤجر أو المستأجر بأن ادعى الإجارة سنة بألف وخمسمائة فشهد أحدهما كذلك والآخر بألف لا تثبت الإجارة كالبيع كذا فى الفتح ، وقوله فى أول المدة : أى قبل استيفاء المنافع ، سواء كان المدعى هو المؤجر أو المستأجر (قوله لإثبات العقد) فلا تقبل شهادتهما إذا اختلفا كما فى البيع لأن العقد يختلف باختلاف البدل فلا تثبت الإجارة فتح (قوله وكالدين) إذ ليس المقصود بعد المدة إلا الأجرة فتح (قوله بعدها) استوفى المنفعة أولا بعد أن تسلم فتح (قوله لو المدعى المؤجر) إذا سلمت العين المؤجرة إلى المستأجر انتفع بها أولا فشهد أحدهما بألف ، والآخر بألف وخمسمائة ، والمؤجر يدعى الأكثر يقضى بالألف ، وإن كان يدعى الأقل لا تقبل شهادة من يشهد بالأكثر لأنه كذبه المدعى ، وإن شهد الآخر بألفين والمدعى يدعيهما لا يقضى بشىء عنده ، وعندهما بألف ، وإن كان المدعى هو المستأجر فهو دعوى العقد بالاتفاق لأنه معترف بمال الإجارة فيقضى عليه بما اعترف به فلا يعتبر اتفاق الشاهدين ولا اختلافهما فيه ، ولا يثبت العقد للاختلاف كما فى الفتح (قوله فدعوى عقد) لأنه معترف بمال الإجارة فيقضى عليه بما اعترف به الخ (قوله وصح النكاح بالأقل أى بألف) الأولى أن يقول : بألف أى بالأقل ليكون إشارة إلى أن الألف مثال لا قيد ، والأولى أن يقول : ولو اختلف شاهدا النكاح صح بالأقل أى وذلك استحسان عند الإمام لأن الأصل فى النكاح الحل ، وأما المال فتبع ولا اختلاف

مطلقا (استحسانا) خلافا لهما (ولزم) فى صحة الشهادة (الجر

بالأصل ، فلا يضر الاختلاف فى التبع سائحانى عن البحر (قوله مطلقا) أى سواء كان المدعى الزوج أوالزوجة والمدعى يدعى أقل المالين أو الأكثر هو الصحيح ، وذكر فى الفتح أنه مخالف للرواية ، فإن محمدا رحمه الله تعالى فى الجامع قيده بدعوى الأكثر حيث قال : جازت الشهادة بألف وهى تدعى ألفا وخمسمائة والمفهوم معتبر رواية ، وبقوله ذلك أيضا يستفاد لزوم التفصيل فى المدعى به بين كونه الأكثر ، فيصح عنده أو الأقل، فلا يختلف فى البطلان لتكذيب المدعى شاهد الأكثر كما عول عليه محققو المشايخ، فإن قول محمد : وهى تدعى الخ يفيد تقييد جواب قول أبى حنيفة بالجواز إذا كانت هى المدعية للأكثر دونه فإن الواو فيه للحال والأحوال شروط فيثبت العقد باتفاقهما ودين ألف له .

وفى الشرنبلالية قال : إلا أن الزيلعى رحمه الله تعالى أشار إلى جواب هذا فقال ويستوى فيه دعوى أقل المالين فى الصحيح لاتفاقهما فى الأصل وهو العقد فالاختلاف فى التبع لا يوجب خللا فيه ، لكنه لابد من وجوب المال فيجب الأقل لاتفاقهما عليه ، ولا يكون بدعوى الأقل تكذيبا للشاهد لجواز أن الأقل هو المسمى ثم صار الأكثر بالزيادة اه (قوله خلافا لهما) حيث قالا هى باطلة ولا يقضى بشىء كما فى البيع لأن المقصود من الجانبين إثبات السبب والنكاح بألف غير النكاح بألف وخمسمائة . ولأبى حنيفة : أن المال فى النكاح تابع ولهذا يصح بلا تسمية المهر ومن حكم التابع أن لا يغير الأصل ألا ترى أنه لا يبطل بنفيه ، ولا يفسد بفساده فكذا لا يختلف باختلافه إذا اتفقا على ما هو الأصل ، وهو الملك والحل والازدواج فوجب القضاء به ، وإذا وجب بقى المهر مالا منفردا فوجب القضاء بأقل المقدارين كما فى المال المنفرد لاتفاقهما عليه (قوله ولزم فى صحة الشهادة الجر الخ) يعنى إذا ثبت شىء أنه ملك المورث بأن ادعى الوارث عينا فى يد إنسان أنها ميراث أبيه وأقام شاهدين فشهدا أن هذه كانت لأبيه لا يقضى له حتى يجرا الميراث فيقولا مات وتركها ميراثا له أو يقولا كانت لأبيه يوم موته أو كانت فى يده أو فى يد من يقوم مقامه من المستعير وغيره ، والأصل فيه أن الجر شرط صحة الدعوى لا كما يتوهم من كلام الكنز من أنه شرط القضاء بالبينة فقط ، أى يشترط أن يقول فى الدعوى مات وتركه ميراثا كما يشترط فى الشهادة ، وإنما لم يذكره لأن الكلام فى الشهادة ، لكن إذا ثبت ملكه أو يده عند موته كان جرا لأنه أثبت ملكه ، أو أن الانتقال إلى الوارث فيثبت الانتقال ضرورة فيكون إثباتا للانتقال ، وكذا إذا ثبتت يده عند الموت لأن يده إن كانت يد ملك فهو على ما بينا ، وإن كانت يد أمانة فكذلك الحكم لأن الأيدى فى الأمانات عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان إذا مات مجهلا لتركه الحفظ به ، وهذا عند أبى حنيفة ومحمد : وقال أبو يوسف الجر ليس بشرط اه كما فى البحر لأن ملك الوارث يتجدد فى حق العين ، ولذا يجب عليه الاستبراء فى الجارية الموروثة ويحل للوارث وطؤها ولو كانت حراما للمورث أو بالعكس ، ويحل للوارث الغنى ما كان صدقة على المورث الفقير والتجدد يحتاج إلى النقل ، لئلا يكون استصحاب الحال مثبتا ، وعند أبى يوسف لا يلزم لأن الوارث يملكه خلافة عن مورثه حتى يرد بالعيب ويرد عليه فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث .

قال سعدى : وفيه بحث فإن من اجتمع عنده أموال الصدقة ثم استغنى بالإرث أو غيره يحل له أكل ما عنده من الصدقات مع أنه لم يوجد تجدد الملك اه فظاهر كلام سعدى الميل إلى قول أبى يوسف (قوله الجر الخ) أي أن يشهدا بالانتقال ، وذلك إما نصا كما صوّره الشارح ، أو بما يقوم مقامه من إثبات الملك للميت عند

بشهادة إرث) بأن يقولا مات وتركه ميراثا للمدعى (إلا أن يشهدا بملكه) عند موته (أو يده أو يد من يقوم مقامه) كمستأجر ومستعير وغاصب ومودع فيغنى ذلك عن الجر لأن الأيدى عند الموت

الموت أو إثبات يده أو يد نائبه عند الموت أيضا وهو ما أشار إليه بقوله إلا أن يشهد الخ وهذا عندهما خلافا لأبى يوسف، فإنه لايشترط شيئا . ويظهر الخلاف فيما إذا شهدا أنه كان ملك الميت بلا زيادة وطولبا بالفرق بين هذا وبين ما يأتى من أنه لو شهد الحى أنه كان فى ملكه تقبل ، والفرق ما فى الفتح بين هذا وما إذا شهدا لمدعى عين فى يد رجل بأنها كانت ملك المدعى ، أوأنه كان ملكها حيث يقضى بها وإن لم يشهدا أنها ملكه إلى الآن، وكذا لو شهد المدعى عينا فى يد إنسان أنه اشتراها من فلان الغائب ولم يقم بينة على ملك البائع وذو اليد ينكر ملك البائع فإنه يحتاج إلى بينة على ملكه فإذا شهدا بملكه قضى للمشترى به وإن لم ينصوا على أنها ملكه يوم البيع ، وهذه أشبه بمسألتنا فإن كلا من الشراء والإرث يوجب تجدد الملك .

والجواب أنهما إذا لم ينصا على ثبوت ملكه حالة الموت فإنما يثبت بالاستصحاب والثابت به حجة لإبقاء الثابت لا لإثبات ما لم يكن وهو المحتاج إليه فى الوارث ، بخلاف مدعى العين فإن الثابت بالاستصحاب بقاء ملكه لا تجدده ، وبخلاف مسألة الشراء فإن الملك مضاف إليه لا إلى ملك البائع وإن كان لابد لثبوت ملك المشترى من بقائه ، لأن الشراء آخرهما وجودا وهو سبب موضوع للملك ، حتى لا يتحقق لو لم يوجبه فيكون مضافا إلى الشراء وهو ثابت بالبينة ، أما هنا فثبوت ملك الوارث مضاف إلى كون المال ملكا للميت وقت الموت لا إلى الموت لأنه ليس سببا موضوعا للملك بل عنده يثبت إن كان له مال فارغ والله سبحانه وتعالى أعلم اه (قوله بشهادة إرث) بأن ادعى الوارث عينا فى يد إنسان أنها ميراث أبيه ، وأقام شاهدين فشهدا أن هذه كانت لأبيه لا يقضى له حتى يجرا الميراث بأن يقولا مات وتركه ميراثا للمدعى كما تقدم وكما صوره الشارح (قوله ميراثا للمدعى) أى أو ما يقوم مقامه من إثبات يده أو يد نائبه عند الموت أيضا وهو ما أشار إليه المصنف بقوله إلا أن يشهدا بملكه الخ (قوله بملكه) أى المورث (قوله عند موته) لابد من هذا القيد كما علمت ، وكان ينبغى ذكره بعد الثلاثة ، يؤيده ما فى البزازية حيث قال شهدا أن هذه الدار كانت لجده لا تقبل لعدم الجر ، ولو شهدا على إقرار المدعى عليه أنها كانت لجده يقبل ثم ذكر أن قولهم كانت فى يده كهذا ، وجعل فى الخانية الدين كالعين أنه كان لأبى المدعى على المدعى عليه كذا فتجوز . وذكر شيخنا أن قولهم كانت لأبيه ليس بجر ، وظاهر تعليل الشارح الآتى أن قوله عند موته قيد للشهادة باليد أيضا ، وأنت خبير أنه بالأولى بل صريحه حيث قال : لأن الأيدى عند الموت الخ .

وفى البدائع : شهدوا أنه مات وهو ساكن فى هذه الدار تقبل وعند أبى يوسف لا ، ومراد الشارح أن الجر يكون صريحا كالمثال الذى ذكره وحكميا فيما استثنى (قوله أو يده) إنما كان ذلك مثبتا لأن الظاهر من حال المسلم فى ذلك الوقت أن يسوى الأسباب ، ويبين ما كان بيده من المغصوب والودائع فإذا لم يبين فالظاهر من حاله أن ما فى يده ملكه فتجعل اليد عند الموت دليل الملك (قوله أو يد من يقوم مقامه) قال فى الدرر يعنى إذا مات رجل فأقام وارثه بينة على دار أنها كانت لأبيه أعارها أو أودعها الذى هى فى يده فإنه يأخذها ولا يكلف البينة أنه مات وتركها ميراثا له بالاتفاق أما عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى فإنه لايوجب الجر فى الشهادة وأما عندهما فلأن قيام اليد عند الموت يغنى عن الجر وقد وجدت لأن وجه المستعير والمودع يد المعير والمودع اه وشمل هذا الأمين وغيره كالغاصب والمرتهن (قوله لأن الأيدى) أى أيدى الواضعين أيديهم على شىء ، وهذا تعليل

تنقلب يد ملك بواسطة الضمان فإذا ثبت الملك ثبت الجر ضرورة (ولابد مع الجر) المذكور (من بيان سبب الوراثة و) بيان (أنه أخوه لأبيه وأمه أو لأحدهما) ونحو ذلك ظهيرية

للاستغناء بالشهادة على يد الميت عن الجر وبيان ذلك أنه إذا أثبت يده عند الموت فإن كانت يد ملك فظاهر لأنه أثبت ملكه أو أن الانتقال إلى الوارث فيثبت الانتقال ضرورة كما لو شهدا بالملك وإن كانت يد أمانة فكذلك الحكم لأن الأيدى فى الأمانات عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان إذا مات مجهلا لتركه الحفظ والمضمون يملكه الضامن على ماعرف فيكون إثبات اليد فى ذلك الوقت إثباتا للملك ، وترك تعليل الاستغناء بالشهادة على يد من يقوم مقامه لظهوره لأن إثبات يد من يقوم مقامه إثبات ليده فيغنى إثبات الملك وقت الموت عن ذكر الجر فاكتفى به عنه أفاده سيدى الوالد رحمه الله تعالى (قوله تنقلب) أى تصير يد ملك إذ لو كانت لغيره لبينه فى الوقت الذى يصدق فيه الكذوب ويرجع فيه العاصى لأن الظاهر من حال المسلم فى ذلك الوقت : أى وقت الموت كذلك ، وأن يسوى أسبابه ويبين ماكان بيده من الودائع والغصوب فإذا لم يبين فالظاهر من حاله أن مافى يده ملكه ، فتجعل اليد عند الموت دليل الملك . لايقال قد تكون اليد يد أمانة ولا ضمان فيها لتنقلب بواسطته يد ملك لأن الأمانة تصير مضمونة بالتجهيل بأن يموت ولم يبين أنها وديعة فلان لأنه حينئذ ترك الحفظ وهو تعد يوجب الضمان (قوله بواسطة الضمان) أى إذا مات مجهلا لتركه الحفظ فيضمن الوديعة (قوله ثبت الجر ضرورة) أى لا قصدا (قوله ولا بد مع الجر من بيان سبب الوراثة الخ) أى وهو أنه أخوه مثلا ولا يكفى مجرد أنه وارثه .

قال فى الفتح : وينسبا الميت والوارث حتى يلتقيا إلى أب واحد ، ويذكرا أيضا أنه وارث ،وهل يشترط قوله ووارثة فى الأب والأم والولد ؟ قيل : يشترط والفتوى على عدمه ، وكذا كل من لايحجب بحال وفى الشهادة بأنه ابن ابن الميت أو بنت ابنه لابد منه ، وفى أنه مولاه لابد من بيان أنه أعتقه اه ولم يذكر هذا الشرط متناولاشرحا والظاهر أن الجر مع الشرط الثالث يغنى عنه فتأمل . وقدمنا الكلام على ذلك مستوفى فى شتى القضاء عند قول المصنف : تركة قسمت بين الورثة أو الغرماء الخ (قوله من بيان سبب الوراثة) أى الخاص كالإخوة بقيد كونها للأب ومثل الأخ العم ، ولابد فى الشهادة للمولى أن يقولا : هو مولاه أعتقه ولا نعلم له وارثا غيره لأن لفظ المولى مشترك ط (قوله وبيان أنه أخوه لأبيه الخ) ذكر فى البحر عن البزازية : أنهم لو شهدوا أنه ابنه ولم يقولوا ووارثه الأصلح أنه يكفى كما لو شهدوا أنه أبوه أو أمه ، فإن ادعى أنه عم الميت يشترط لصحة الدعوى أن يفسر فيقول عمه لأبيه وأمه أو لأبيه أو لأمه . ويشترط أيضا أن يقول : ووارثه وإذا أقام البينة لا بد للشهود من نسبة الميت ، والوارث حتى يلتقيا إلى أب واحد وكذلك هذا فى الأخ والجد اه ملخصا .

شهدا أن هذا ابن الميت أو وارثه ولم يشهدا أنا لا نعلم له وارثا غيره فالقاضى يتلوم ثم يدفع إليه ، ومدة التلوم مفوضة إلى رأى القاضى تتارخانية من الثامن فى كتاب الشهادة . وعندهما مقدر بحول كما هو مفاد مما ذكره الطحاوى فى مختصره : ادعى أنه أخوه لأبيه وأمه وشهد الشهود ولم يذكروا اسم الأم أو الجد لا تقبل ، لأنه لا يحصل التعريف ، وقيل : يصح ويثبت لأنه ذكر محمد فى الكتاب من ادعى أنه أخوه لأبيه وأمه ، وأقام البينة تقبل ،ولم يشترط ذكر الجد . وقال شمس الأئمة السرخسى فى الأخ لا يشترط ذكر اسم الجد وغيره ، وأما إذا ادعى أنه ابن عمه لا بد أن يذكر اسم الأب والجد عمادية من السادس .

رجل طلب الميراث وادعى أنه عم الميت يشترط لصحته أن يفسر فيقول عمه لأبيه وأمه أو لأبيه أو لأمه

وبقى شرط ثالث (و) هو (قول الشاهد لا وارث) أولا أعلم (له) وارثا (غيره) ورابع وهو أن يدرك الشاهد الميت وإلا فباطلة لعدم معاينة السبب ذكرهما البزازى (وذكر اسم الميت ليس بشرط وإن شهدا بيد حى

وأن يقول أيضا وارثه لا وارث له غيره. وإذا أقام البينة لا بد للشهود أن ينسبوا الميت. ولو وارث حتى يلتقيا إلى أب واحد ويقول هو وارثه لا وارث له غيره. فإن شهدوا بذلك أو شهدوا أنه أخو الميت لأبيه وأمه أو لأبيه أو وارثه لا يعلمون له وارثا غيره جاز، ولا يشترط فى هذا ذكر الأسماء قاضيخان.

رجل ادعى إرثا عن ميت وزعم أنه ابن عم الميت لأبيه وأقام بينة على النسب وذكر الشهود اسم أبيه وجده واسم أبى الميت وجده كما هو الرسم والمدعى عليه أقام البينة أن جد الميت فلان غير ما أثبته المدعى لا تقبل لأن البينات للإثبات لا للنفى وبينة المدعى عليه قامت للنفى. وهو ليس بخصم فى إثبات جد المدعى خانية.

تنبيه: الشرط فى سماع بينة الإرث إحضار الخصم وهو إما وارث أو غريم الميت وله على الميت دين أو مودع الميت أو الموصى له أو به لا فرق بين أن يكون مقرا بالحق أو منكرا بزازية فى العاشر من كتاب الدعوى (قوله وبقى شرط ثالث الخ) ينافيه ما قدمه فى مسائل شتى من التفصيل فى قول الشهود: لا نعلم له وارثا غيره وعدمه إذ لو كان قولهم ذلك شرطا لما تأتى التفصيل، والذى فى البحر عن البزازية ويشترط ذكر لا وارث له غيره لإسقاط التلوم عن القاضى انتهى، فعلم أنه شرط لاسقاط التلوم لا لصحة القضاء (قوله أولا أعلم له وارثا غيره) فى البزازية قول الشاهد: لا أعلم له وارثا غيره عندنا بمنزلة لا وارث له غيره انتهى (قوله غيره) قال فى فتح القدير: وإذا شهدوا أنه كان لمورثه تركة ميراثا له ولم يقولوا: لا نعلم له وارثا غيره: فإن كان ممن يرث فى حال دون حال لا يقضى لاحتمال عدم استحقاقه أو يرث على كل حال يحتاط القاضى. وينتظر مدة هل له وارث آخر أولا فإن لم يظهر يقضى بكاله، وإن كان نصيبه يختلف فى الأحوال يقضى بالأقل فيقضى فى الزوج بالربع والزوجة بالثمن إلا أن يقولوا: لا نعلم له وارثا غيره وقال محمد: وهو رواية عن أبى حنيفة يقضى بالأكثر والظاهر الأول ويأخذ القاضى كفيلا عندهما. ولو قالوا. لا نعلم له وارثا بهذا الموضع كفى عند أبى حنيفة خلافا لهما اهـ وتقدمت المسألة قبيل كتاب الشهادات، وذكرها فى السادس والخمسين من شرح أدب القضاء منوعة ثلاثة أنواع فارجع إليه ولخصها هناك صاحب البحر بما فيه خفاء. وقد علم بما مر أن الوارث إن كان ممن قد يحجب حجب حرمان فذكر هذا الشرط لأصل القضاء. وإن كان ممن قد يحجب حجب نقصان فذكره شرط للقضاء بالأكثر وإن كان وارثا دائما ولا ينقص بغيره. فذكره شرط للقضاء حالا بدون تلوم فتأمل وقدمنا الكلام عليه مستوفى فى شتى القضاء فارجع إليه (قوله ورابع) أى فى الشهادة بالإرث أما الشهادة بالنسب فقد سبق أنه يثبت بالتسامع قال فى البزازية: شهدا أن فلان بن فلان مات وترك هذه الدار ميراثا ولم يدركا الميت فشهادتهما باطلة لأنهما شهدا بملك لم يعاينا سببه، ولا رأياه فى يد المدعى انتهى.

أقول: قال الصدر الشهيد فى شرح أدب القاضى: وإن عاين الملك دون المالك بأن عاين ملكا لجدوده ينسب إلى فلان بن فلان الفلانى وهو لم يعاينه بوجهه ولا يعرفه بنسبه القياس فيه أن لا يحل والاستحسان يحل لأن النسب مما يثبت بالتسامع والشهرة، فيصير المالك معروفا بالتسامع والملك معروف فترفع الجهالة لكن إنما تقبل إذا لم يفسر الشاهد أما إذا فسر فلا (قوله ذكرهما البزازى) وكذا فى الفتح (قوله وذكر اسم الميت الخ) حتى لو شهدا أنه جده أبو أبيه أو أمه ووارثه ولم يسميا الميت تقبل بزازية (قوله وإن شهدا بيد حى الخ) يعنى إذا كان دار فى يد رجل فادعى آخر أنها له وأقام بينة أنها كانت فى يده لا تقبل وقال الثانى: تقبل لأن الثابت

سواء قالا (مذ شهر) أولا (ردت) لقيامها بمجهول لتنوع يدالحى (بخلاف مالو شهدا أنها كانت ملكه أو أقر المدعى عليه بذلك أو شهد شاهدان أنه أقر أنه كان فى يد المدعى) دفع للمدعى لمعلومية الإقرار وجهالة المقر به لا تبطل الإقرار والأصل أن الشهادة بالملك المنقضى مقبولة لا باليد المنقضية

بالبينة كالثابت بإقرار الخصم ، ولو أقر المدعى عليه به وقعت إلى المدعى اتفاقا ولهما أن هذه شهادة قامت على مجهول وهو اليد فإنها الآن منقطعة ويحتمل أنها كانت يد ملك ، أو وديعة أو إجارة أو غصب فلا يحكم بإعادتها بالشك درر ، ولوشهدا أنها كانت له تقبل بلا خلاف كما فى الخانية ، ولو شهدا بأن المدعى عليه أخذها من المدعى فإنها تقبل وترد الدار إلى المدعى وقيد بقوله بيد حى لأنهم لو شهدوا أنها كانت فى يد فلان مات تقبل بالاتفاق مسكين (قوله سواء قالا مذ شهر الخ) لأن قولهما ذلك وجوده كعدمه ، والخلاف ثابت أيضا بدون ذكره ، فإنه ذكر التمرتاشى فى الجامع الصغير شهدوا الحى أن العين كانت فى يده لم تقبل (قوله ردت) أى عند أبى حنيفة ومحمد ، وعن أبى يوسف : أنها تقبل كما ذكرنا (قوله لتنوع يد الحى) علة لقوله بمجهول وذلك أنه يحتمل أنها كانت يدملك أو وديعة أو إجارة أو غصب فلا يحكم بإعادتها درر ، أى فلا يقضى بالشك .

قال فى الغرر : إلا أن يقولا أن المدعى عليه أحدث اليد فيه فيقضى للمدعى ويؤمر المدعى عليه بالتسليم إليه ولكن لا يصير المدعى عليه مقضيا عليه ، حتى لو برهن بعده على أنه ملكه تقبل اه وإذا كانت وديعة مثلا تكون باقية على حالها أما الميت فتنقلب ملكاله إذا مات مجهلالها كما تقدم (قوله بخلاف ما لو شهدا أنها كانت ملكه) أى فتقبل لأن الشهادة بالملك المنقضى مقبولة لا باليد المنقضية لأن الملك لا يتنوع واليد تتنوع باحتمال أنه كان له فاشتراه منه لأن الأصل إبقاء ما كان على الذى عليه كان ، وقدمنا قريبا ما لو شهدا لمدعى ملك عين فى يد رجل أنها كانت ملك المدعى حيث يقضى بها ، وما لو شهد أنها كانت لمورثه بدون إضافة الملك إلى وقت الموت حيث اختلف فى قبولها والفرق بينهما عن الفتح فلاتنسه (قوله أو أقر) معطوف على قوله شهدا (قوله فى يد المدعى) قيد بالإقرار باليد مقصودا لأنه لو أقر له بها ضمنا لم تدفع إليه كما سيأتى فى الإقرار (قوله بذلك) أى بيد الحى أو وملكه ومن اقتصر على الثانى فقد قصر أفاده سيدى الوالد رحمه الله تعالى (قوله دفع للمدعى) الأولى أن يقول : فإنه يدفع للمدعى كما يظهر بالتأمل

وفى البحر وإنما قال دفع إليه دون أن يقول أنه إقرار بالملك لأنه لو برهن على أنه ملكه فإنه يقبل اه أى فى مسألة الإقرار باليد أو الشهادة عليه لأنهما المذكورتان فى الكنز دون مسألة الشهادة بالملك لما فى جامع الفصولين أخذ عينا من يد آخر وقال : إنى أخذته من يده لأنه كان ملكى وبرهن على ذلك تقبل لأنه وإن كان ذا يد بحكم الحال لكنه لما أقر بقبضه منه فقد أقر أن ذا اليد فى الحقيقة هو الخارج ، ولو أقر المدعى عليه إنى أخذته من المدعى ، لأنه كان ملكى فلو كذبه المدعى فى الأخذ منه لا يؤمر بالتسليم إلى المدعى لأنه رد إقراره وبرهن على ذى اليد ولو صدقه يؤمر بتسليمه إلى المدعى ، فيصير المدعى ذا يد فيحلف أو يبرهن الآخر اه وقوله : دفع للمدعى قال فى الدرر : لكن لا يصير المدعى عليه بزوال اليد عنه مقضيا عليه ، حتى لو برهن المدعى عليه بعده على أنه ملكه يقبل كذا فى العمادية اه (قوله لمعلومية الإقرار) أى إقرار المدعى عليه أنها كانت فى يد المدعى فيؤاخذ به (قوله وجهالة المقر به) من كون اليد أمانة أو ملكا (قوله لا تبطل الإقرار) أى فى حق الدفع قال ط : ظاهره أنهما شهدا عليه أنه أقر بأن الدار التى فى يده كانت لفلان ، ولم يعاينا الدار (قوله بالملك المنقضى) أى كيد الميت كما فى صورة الجر السابقة عن البحر (قوله لا باليد المنقضية) أى كيد الحى ،

لتنوع اليد لا الملك بزازية ، ولو أقر أنه كان بيد المدعى بغير حق هل يكون إقرارا له باليد المفتى به نعم جامع الفصولين .

[فروع] شهدا بألف وقال أحدهما قضى خمسمائة قبلت بألف إلا إذا شهد معه آخر ولا يشهد من علمه حتى يقر المدعى به شهدا بسرقة بقرة واختلفا فى لونها قطع خلافا لهما ،

(قوله لتنوع اليد) أى لا حتمال أنه كان له فاشتراه منه (قوله المفتى به نعم) لأنه أقر باليد وادعى أنها بغير حق فيؤاخذ بإقراره ولا تثبت الدعوى الأخرى إلا ببرهان (قوله قبلت بألف) أى ولا يسمع قوله قضاه لكمال النصاب ، ولا يكون رده من المدعى تكذيبا له كما إذا شهد له بألف وخمسمائة والمدعى يدعى ألفا لأنه لم يكذبه (١) فيما شهد له به وإنما كذبه فيما شهد به عليه وذلك لايمنع كما إذا شهد له بشىء ثم شهد عليه بآخر ولا تقبل إلا إذا ادعى الألف فإذا ادعى خمسمائة والمسألة بحالها لاتقبل (قوله إلا إذا شهد معه آخر) أى لكمال النصاب (قوله ولا يشهد) أى بالألف كلها أى يجب عليه أن لا يشهد كما فى الزيلعى والدرر (قوله من علمه) فعل ماض أى علم قضاء خمسمائة (قوله حتى يقر المدعى به) أى يقر المدعى عند الناس به أى بما قبض لئلا يتضرر المدعى عليه عند تقريره الدعوى ، ولئلا يكون إعانة على الظلم .

قال فى البحر : والمراد من ينبغى فى عبارة الكنز معنى يجب فلا تحل له الشهادة (قوله شهدا بسرقة بقرة الخ) هذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها عن محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة رحمهم الله تعالى فى شاهدين شهدا جميعا على أنه سرق بقرة ، واختلفا فى لونها قال : أجيز الشهادة وأقطعه وقال أبو يوسف ومحمد : لا نجيز الشهادة ولا نقطعه اهـ له أن التوفيق ممكن لأن التحمل فى السرقة يكون ليلا غالبا واللونان يتشابهان ، ويجتمعان فيكون السواد من جانب وهذا يبصره والبياض من جانب آخر وهذا يشاهده ، وإذا كان التوفيق ممكنا وجب القبول كما إذا اختلف شهود الزنا فى بيت واحد وفيه بحث من وجهين أحدهما : أن طلب التوفيق هنا احتيال لإثبات الحد ، وهو القطع والحد يحتال لدرئه لا لإثباته ، والثانى : أن التوفيق وإن كان ممكنا ليس بمعتبر مالم يصرح به فيما يثبت بالشبهات فكيف يعتبر إمكانه فيما يدرأ بها .

والجواب عن الأول : إن ذلك إنما كان احتيالا لإثباته أن لو كان فى اختلاف ما كلفا نقله وهو من صلب الشهادة لبيان قيمة المسروق ليعلم هل كان نصابا فيقطع به أولا ، وأما إذا كان فى اختلاف مالم يكلفا نقله كلون ثياب السارق ، وأمثاله فاعتبار التوفيق فيه ليس احتيالا لإثباته الحد لإمكان ثبوته بدونه ألا ترى أنهما لو سكتا عن بيان لون البقرة ما كلفهما القاضى بذلك فتبين أنه ليس من صلب الشهادة ، ولم يكلفا نقله إلى مجلس الحكم بخلاف الذكورة والأنوثة فإنهما يكلفان النقل بذلك ، لأن القيمة تختلف باختلافهما ، فكان اختلافا فى صلب الشهادة .

والجواب عن الثانى : بأنه جواب للقياس لأن القياس اعتبار إمكان التوفيق ، أو يقال التصريح بالتوفيق يعتبر فيما كان فى صلب الشهادة وإمكانه فيما لم يكن فيه هذا وأطلق فى اللون : فشمل جميع الألوان وهو الصحيح ، ولهما أن السواد غير البياض فلم يتم على كل نصاب شهادة وصار كالغصب ، لأن أمر الحد أهم كالذكورة والأنوثة وعلى هذا الخلاف لو ادعى سرقة ثوب مطلقا فقال أحدهما : هروى والآخر مروى اهـ شلبى . وتكلم الشرح على القطع ، ولم يتكلم على الضمان والظاهر وجوبه وحرره نقلا اهـ ط بزيادة (قوله خلافا لهما) حيث قالا لايقطع

---

(١) قوله (لأنه لم يكذبه) علة لقوله قبلت بألف .

واستظهر صدر الشريعة قولهما وهذا إذا لم يذكر المدعى لونها ذكره الزيلعى .

ادعى المديون الإيصال متفرقا وشهدا به مطلقا أو جملة لم تقبل وهبانية شهدا فى دين الحى بأنه كان عليه كذا تقبل إلا إذا سألهما الخصم عن بقائه الآن فقالا : لاندرى

لأنهما اختلفا فى المشهود به فيمتنع به بالقبول ، كما إذا اختلفا فى الذكورة والأنوثة أو فى اللون فى الغصب بل أولى لأن الثابت بالغصب ضمان لا يسقط الشبهات والثابت هنا حد يسقط بها اه درر (قوله واستظهر صدر الشريعة قولهما) لكن صحح فى الهداية قول الإمام رحمه الله تعالى (قوله وهذا إذا لم يذكر المدعى لونها) أما لو عين لونها كحمراء فقال أحدهما سوداء لم يقطع إجماعا لأنه كذب أحد شاهديه كما فى الفتح (قوله أو جملة لم تقبل) أما الأول : فلأن الإطلاق أزيد من المقيد . وأما الثانى : فلاختلاف الشهادة والدعوى للمباينة بين المتفرق والجملة وتقدمت هذه المسئلة آنفا (قوله شهد فى دين الحى الخ) قال فى البحر ولم يذكر المؤلف رحمه الله تعالى مسئلتين إحداهما : ما إذا ادعى شيئا للحال فشهدا به مما مضى وعكسه ، الثانية : إذا ادعى الإنشاء فشهد بالإقرار وعكسه أما الأول ففى المحيط نقلا عن الأقضية إذا ادعى الملك للحال أى فى المعين فشهدوا أن هذا المعين كان قد ملكه تقبل . لأنها اثبتت الملك فى الماضى فيحكم بها فى الحال مالم يعلم المزيل قال رشيد الدين بعد ماذكرها أمر رورى ميدانت اه ومعنى تحكيمها فى الحال الخ قال فى نور العين : هذا عمل بالاستصحاب وهو حجة فى الدفع لا للاستحقاق فكان ينبغى أن لا تقبل شهادتهما فيه لكن فيه حرج فيقبل دفعا للحرج ؛

(يقول الحقير) قوله : دفعا للحرج تعليل عليل كما لايخفى على ذى فهم جليل اه وقال فى البحر أيضا : ومعنى هذا لا يحل للقاضى أن يقول : أتعلمون أنه ملكه اليوم نعم ينبغى للقاضى أن يقول : هل تعلمون أنه خرج عن ملكه فقط ذكره فى المحيط قال العمادى : فعلى هذا إذا ادعى الدين فشهدا أنه كان له عليه كذا ينبغى أن يقبل كما فى العين . ومثله ما لو ادعى أنها زوجته فشهدوا أنه كان تزوجها ولم يتعرضوا للحال تقبل اه لكن اعترض الرملى قوله نعم ينبغى للقاضى الخ بأن المنصوص خلافه ، وإن البحث لا يعارض المنصوص إذلا عبرة للأبحاث فى معارضة النصوص اه وقال أيضا معنى لا ينبغى للقاضى أن يقول الخ : أى لأنهم لو قالوا لا نعلم أنه ملكه اليوم لا تقبل شهادتهم ، فيضيع حق المدعى ظاهرا فلا يسألهم بخلاف ما إذا قال لهم : هل تعلمون أنه خرج عن ملكه فإنهم إذا قالوا لا نعلم أنه خرج عن ملكه لا تبطل شهادتهم كما هو ظاهر اه وهذا كله إذا شهدوا بالملك فى الماضى ، أما لو شهدوا باليد له فى الماضى لا يقضى به فى ظاهر الرواية ، وإن كانت اليد تسوغ الشهادة فى الملك على ما أسلفناه . وعن أبى يوسف يقضى بها :

وخرج العمادى على هذا ما فى الواقعات : لو أقر بدين عند رجلين ثم شهد عدلان عند الشاهدين أنه قضى دينه أن شاهدى الإقرار يشهدان أنه كان له عليه دين ولا يشهد أن له عليه فقال : هذا أيضا دليله على أنه إذا ادعى العين وشهدوا أنه كان له عليه تقبل وهذا غلط فإنه إنما تعرض لما يسوغ له أن يشهد به لا للقبول وعدمه ، بل ربما يؤخذ من منعه من إحدى العبارتين دون الأخرى بثبوت القبول فى إحداهما دون الأخرى كيف وقد ثبت بشهادة العدلين عند الشاهدين أنه قضاه فلا يشهدان ، حتى يخبر القاضى بذلك ، وأن القاضى حينئذ لا يقضى بشىء كذا فى فتح القدير .

وفى البزازية : شهد أنها زوجت نفسها ، ولا نعلم أنها فى الحال امرأته أولا أو شهدا أنه باع منه هذه العين ولا ندرى أنها ملكه فى الحال أم لايقضى بالنكاح والملك فى الحال بالاستصحاب والشاهد فى العقد شاهد فى الحال.

وفى دين الميت لاتقبل مطلقا حتى يقولا مات وهو عليه بحر .

والحاصل : أن المنصوص عليه فى العين ما سمعت ، وأما فى الدين فالمنصوص عليه عدم القبول . قال فى القنية : شهدا على إقرار رجل بدين فقال المشهود عليه : أتشهد أن هذا القدر علىّ الآن فقال : لا أدرى أهو عليك الآن أم لا لاتقبل الشهادة اه وقال قبله : ادعى على آخر دينا على مورثه فشهدوا أنه كان على الميت دين لا تقبل حتى يشهدوا أنه مات وهو عليه اه فموضوع الأولى فى الشهادة على الإقرار ، وإن الشاهد قال : لا أدرى أهو عليك الآن أم لا وهو ساكت عما إذا شهدوا أنه كان له عليه كذا وقد بحث العمادى أنه ينبغى القبول وليس بمعارض للمنصوص عليه كما علمت اه .

أقول : بل هو داخل فى قولهم الشهادة بالملك المنقضى مقبولة وأما الثانية أعنى ما إذا ادعى الإنشاء فشهد بالإقرار وعكسه : فقال فى جامع الفصولين ادعى الوديعة فشهد أن المودع أقر بالإيداع تقبل كما فى الغصب ، وكذا العارية ادعى نكاحا وشهدا بإقرارهما بنكاح تقبل كما فى الغصب . وكذا العارية ولو ادعى دينا فشهد باقراره بالمال تقبل ، وتكون إقامة البينة على إقراره كإقامة البينة على السبب وأفتى بعضهم بعدم القبول ادعى قرضا وشهد بإقراره بالمال تقبل بلا بيان السبب انهى فتقبل بالإيداع والغصب والعارية والديون والنكاح وأما البيع فقال فى جامع الفصولين : ادعى بيعا وشهدا أنه أقر بالبيع واختلفا فى زمان ومكان تقبل . وفيه قبله ادعى مائة قفيز برّ بسبب سلم صحيح وشهدا أن المدعى عليه أقر أن له عليه مائة قفيز برّ ولم يزيدا قيل : تقبل لأنه اختلاف فى سبب الدين ، فلا يمنع وقيل : لا وهو الأصح ، لأنهما لم يذكرا إقراره بسبب السلم ، والاختلاف بسبب الدين إنما يمنع قبولها لو لم يختلف الدين باختلاف السبب ودين السلم مع دين آخر يختلفان إذ الاستبدال قبل القبض ، لم يجز فى السلم ، وجاز فى دين البر بلا سبب . فلم يشهدا بدين يدعيه فلا تقبل بخلاف ما لو ادعى بسبب القرض ، وشهد أنه أقر ، ولم يذكر بسبب القرض تقبل انتهى ثم قال ادعى قضاء دينه وشهد أنه أقر بإستيفائه تقبل انتهى .

وفى القنية : ادعى عبدا فشهد أحدهما بملك مرسل ، والآخر بإقرار ذى اليد بملكيته للمدعى تقبل ، ولو كان هذا فى دعوى الأمة والضيعة لاتقبل . والفرق فيها وأما عكسها أعنى ما إذا ادعى الإقرار فشهد بالإنشاء فغير متصور شرعا إذ لا تسمع الدعوى بالإقرار لما فى البزازية معزيا إلى الذخيرة .

ادعى أن له عليه كذا وإن العين الذى فى يده له لما أنه أقر له به أو ابتدأ بدعوى الإقرار وقال أنه أقر أن هذا لى أو أقر أن لى عليه كذا قيل يصح ، وعامة المشايخ على أنه لا تصح الدعوى لعدم صلاح الإقرار للاستحقاق كالإقرار كاذبا فلا يصح الإقرار لإضافة الاستحقاق إليه بخلاف دعوى الإقرار من المدعى عليه على المدعى بأنه برهن على أنه أقر أنه لا حق له فيه أو بأنه ملك المدعى حيث تقبل وتمامه فيها وسنتكلم عليها إن شاء الله تعالى بأوضح من ذلك فى الدعوى .

أقول : أما قوله فغير متصور شرعا قال الغزى : ممنوع لأنه لو ادعى أنه مالكى . وأنه أقر له به تسمع لكن قد يقال رجع إلى دعوى الملك والكلام ليس فيه فيستقيم الكلام (قوله وفى دين الميت لا تقبل مطلقا) أى سألها الخصم عن بقائه أو لم يسألها . ولكن الذى ردت فيه الشهادة فى دين الحى إنما هو فى صورة الإقرار لما قدمناه قبل أسطر عن البحر عن القنية شهد على إقرار رجل بدين الخ ولذا قال بعده وهو ساكت الخ .

قال فى البحر : وفى مسألة دين الميت لا بد فى القبول من شهادتهما بأنه مات ، وهو عليه احتياطا فى أمر الميت ، ولذا يحلف المدعى مع إقامة البينة ، بخلافه فى دين الحى فتحرر أنهما إذا شهدا فى دين الحى بأنه كان

قلت : ويخالفه ما فى معين الحكام من ثبوته بمجرد بيان سببه وإن لم يقولا مات وعليه دين اه ، والاحتياط لا يخفى .

ادعى ملكا فى الماضى وشهدا به فى الحال لم تقبل فى الأصح كما لو شهدا بالماضى أيضا جامع الفصولين .

له عليه كذا تقبل إلا إذا سألها الخصم عن البقاء فقالا : لاندرى وفى دين الميت لاتقبل مطلقا اه (قوله قلت) القول لصاحب المنح (قوله من ثبوته بمجرد بيان سببه الخ) قال الرملى نقلا عن المحيط : إنه يثبت الدين على الميت بمجرد بيان الشاهد سببه من غير حاجة إلى أن يقولا مات ، وعليه شهدا على رجل أنه جزحه ، ولم يزل صاحب فراش حتى مات يحكم به وإن لم يشهدوا أنه مات من جراحته لأنه لا علم لهم به بزازية معين الحكام كذا رأيته بخط بعض العلماء .

وأقول : ما فى المحيط لا يعارض ما فى القنية إذ مافيها فيما إذا ادعى الدين للحال فشهدا به كذلك بحيث أنهما لم يقولا كان ، وبه يحصل التوفيق فتأمل .

ونقل بعض الفضلاء عن المقدسى أنه قوى ما فى معين الحكام وأنه قال : إن الأول ضعيف وإن الاحتياط فى أمر الميت يكفى فيه تحليف خصمه مع وجود بينة وأن فى هذا الاحتياط ترك احتياط آخر فى وفاء دينه الذى يحجبه عن الجنة ، وتضييع حقوق أناس كثيرين لا يجدون من يشهد لهم على هذا الوجه اه وبه اعترض فى نور العين على صاحب جامع الفصولين (قوله والاحتياط لا يخفى) قد علمت أن الاحتياط فى عدم اشتراط ذلك ، وأن اشتراطه ضعيف لكن قال الرحمتى والاحتياط لا يخفى لأن الأمر فيه مشكل دائر بين تضييع حق الدائن أو إلزام الميت بما ليس فى ذمته فيحتاج القاضى والمفتى أن يتفحصا كمال التفحص ، ويتتبعا القرائن وأحوال المدعى والمدعى عليه فإن ظهر له بقاء الدين يفتى المفتى بقول من يقول : لا حاجة إلى الجر ، ويقضى القاضى به . وإن غلب على ظنه استيفاء الدائن للدين أو سقوطه بوجه من المسقطات يفتى بالقول الثانى ، ويقضى به القاضى حفظا لأموال الناس وأديانهم ولذا قال : والاحتياط لايخفى ولم يبين بماذا يكون الاحتياط والله أعلم لكن عبارة المنح : وفى مسئلة دين الميت لابد فى القبول من شهادتهما بأنه مات وهو عليه احتياطا فى أمر الميت اه .

فأفاد أن الاحتياط إنما هو فى أمر الميت لأنه لا يجب عن نفسه ، والوارث لا يعلم ما فعل مورثه ثم نقل القولين فكتب الخير الرملى فى هامشه ، قوله : قلت الخ .

أقول : ما فى المحيط لايعارض ما فى القنية إذ مافيها فيما إذا ادعى الدين للحال فشهدا بالماضى فلذلك أقحم أى الشاهدان لفظ كان وما فيه فيما إذا ادعى الدين للحال فشهدا به كذلك ولذا لم يقولا كان وبه يحصل التوفيق فتأمل اه . وبهذا يتضح ما ذكره الشارح (قوله ادعى ملكا فى الماضى) أى بأن قال ملكى وشهدا أنه له قال فى الفصولين ، ولو ادعى ملكا فى الماضى وشهدا به فى الحال بأن قال : كان هذا ملكى وشهدا أنه له قيل تقبل ، وقيل : لا وهو الأصح وكذا لو ادعى أنه كان له وشهدا أنه كان له لا تقبل (قوله كما لو شهدا بالماضى أيضا) أى لا تقبل لأن إسناد المدعى يدل على نفى الملك فى الحال إذ لا فائدة للمدعى فى الإسناد مع قيام ملكه فى الحال بخلاف الشاهدين لو أسندا ملكه إلى الماضى لأن إسنادهما لا يدل على النفى فى الحال لأنهما لا يعرفان بقاءه إلا بالاستصحاب والشاهد قد يحترز عن الشهادة باستصحاب الحال لعدم تيقنه بخلاف المالك إذ كما يعلم ثبوت ملكه يقينا يعلم بقاءه يقينا بحر وبهذا ظهر الفرق بين ما هنا وبين ما تقدم متنا من قوله بخلاف ما لو شهدا أنها كانت ملكه .

[فرع مهم] قال المدعي : إن الدار التي حدودها مكتوبة فى هذا المحضر ملكى وقال الشهود أن الدار التى

باب الشهادة على الشهادة

(هى مقبولة) وإن كثرت استحسانا فى كل حق على الصحيح

حدودها مكتوبة فى هذا المحضر ملكه صح الدعوى والشهادة وكذا لو شهدوا أن المال الذى كتب فى هذا الصك عليه تقبل . والمعنى فيه أنه أشار إلى المعلوم لو شهدا بملك المتنازع فيه والخصمان تصادقا على أن المشهود به هو المتنازع فيه ينبغى أن تقبل الشهادة فى أصل الدار ، وإن لم تذكر الحدود لعدم الجهالة المفضية إلى النزاع فى أصل الدار جامع الفصولين فى آخر الفصل السابع والله تعالى أعلم وأستغفر الله العظيم .

باب الشهادة على الشهادة

إنما أخرها لأنها فرع عن شهادة الأصل فاستحقت التأخير لأن الأصل مقدم على الفرع ولأنها بمنزلة المركب من المفرد وجوازها استحسان والقياس لا يقتضيه لأن الأداء عبادة بدنية لزمت الأصل لا حق للمشهود له لعدم الإجبار عليها ، ولعدم جواز الخصومة فيها والنيابة لا تجرى فى العبادات البدنية لأن كون قول الإنسان ينفذ على مثله ، ويلزمه ما نسبه إليه وهو ينفيه ويبرأ منه إنما عرف حجة شرعا عند قدر من احتمال الكذب وهو ما فى شهادة الأصول لعدم العصمة من الكذب والشهود ، فلا يكون حجة كذلك عند زيادة الاحتمال فكيف إذا كان الثابت ضعف ذلك الاحتمال ، وهو فى شهادة الفرعين وإن إختلف محل الأداء فإن محله فى الأصلين فى إثبات حق المدعى : وفى الفرعين ما يشهدان به من شهادة الأصلين ، ثم يرجع إلى الحق المدعى به إلا أنهم استحسنوا جوازها فى كل حق لا يسقط بالشبهة لشدة الاحتياج إليها لأن الأصل قد يعجز عن أدائها لبعض العوارض ، فلو لم تجز لأدى إلى ضياع كثير من الحقوق : ولهذا جوزت وإن كثرت أعنى الشهادة على شهادة الفروع وإن بعدت إلا أن فيها شبهة من حيث البدلية ، لأن البدل مما لا يصار إليه إلا عند العجز عن الأصل وهذه كذلك . واعترض بأنه لو كان فيها معنى البدلية لما جاز الجمع بينهما لعدم جوازه بين البدل والمبدل لكن لو شهد أحد الشاهدين ، وهو أصل وآخران على شهادة شاهد آخر جاز ، وأجيب بأن البدلية إنما هى فى المشهود به فإن المشهود به بشهادة الفروع هو شهادة الأصول ، والمشهود به بشهادة الأصول هو ما عاينوه مما يدعيه المدعى وإذا كان كذلك لم تكن شهادة الفروع بدلا عن شهادة الأصول فلم يمتنع إتمام الأصول بالفروع فإذا ثبتت البدلية فيها لا تقبل فيما يسقط بالشبهات كشهادة النساء مع الرجال وكالحدود والقصاص . وعند الأئمة الثلاثة : تقبل فيما يسقط بها أيضا عناية بزيادة فإن قيل : ذكر فى المبسوط أن الشاهدين لو شهدا على شهادة شاهدين أن قاضى بلدة كذا حد فلانا فى قذف تقبل حتى ترد شهادة فلان أجيب بأن لا نقض فإن المشهود به فعل القاضى ، وهو مما يثبت مع الشبهات ، والمراد من الشهادة بالحدود الشهادة بوقوع أسبابها الموجبة لها فما ورد أن فعل القاضى موجب لردها وردها من حده فهو موجب للحد أجيب بالمنع بل الموجب لردها إذا كان من حده ما يوجب الحد والذى يوجبه هو القذف نفسه على أن فى المحيط ذكر محمد فى الديات لا تقبل هذه الشهادة فتح (قوله وإن كثرت) أى تعددت أعنى الشهادة على شهادة الفروع بأن يحمل الفرع شهادته لاثنين ، وأحد الاثنين لآخرين وهكذا . ويشترط الشروط الآتى ذكرها فى كل فرع مع أصله (قوله فى كل حق على الصحيح) أى لا يسقط بشبهة كما فى الهداية قال فى البحر أطلقه فشمل الوقف وهو الصحيح إحياء له وصونا عن اندراسه وشمل التقرير وهو مصرح به فى الأجناس وقضاء القاضى وكتابه كما فى الخانية والنسب كما فى خزانة المفتين

(إلا فى حد وقود) لسقوطهما بالشبهة وجاز الإشهاد مطلقا لكن لاتقبل إلا (بشرط تعذر حضور الأصل بموت) أى موت الأصل وما نقله القهستانى عن قضاء النهاية فيه كلام فإنه نقله عن الخانية عنها

وفى القنية . أشهد القاضى شهودا أنى حكمت لفلان على فلان بكذا فهو إشهاد باطل لا عـبرة به والحضور شرط اه .

وفى يتيمة الدهر : وكتبت إلى الحسن بن زياد إذا أشهد القاضى على قضائه الشاهدين اللذين شهدا فى تلك الحادثة هل يصح إشهاده إياهما فقال نعم لكنه ينفصل عن القبول فى الحكم اه .

قال فى فتح القدير : الشهادة على الشهادة جائزة فى كل حق يثبت مع الشبهة فخرج ما لا يثبت معها وهو الحدود والقصاص فأما التعزير ففى الأجناس من نوادر ابن رستم عن محمد يجوز فى التعزير العفو والشهادة على الشهادة ونص الفقيه أبو الليث على أن كتاب القاضى إلى القاضى لا تجوز فيه الشهادة على الشهادة وفى فتاوى قاضيخان : الشهادة على الشهادة جائزة فى الأقارير والحقوق وأقضية القضاة . وكتبهم وكل شىء إلا الحدود والقصاص وبقولنا هذا قال أحمد والشافعى فى قول وأصح قوليه وهو قول مالك يقبل فى الحدود القصاص أيضا لأن الفروع عدول نقلوا شهادة الأصول فالحكم بشهادة الأصول لا بشهادتهم وصاروا كالمترجم وسيندفع اه (قوله إلا فى حد) أى ما يوجب الحد فلا يرد أنه إذا شهد على شهادة شاهدين أن قاضى بلد كذا ضرب فلانا حدا فى قذف فإنها تقبل ، حتى ترد شهادته إلى آخر ما ذكرنا آنفا وفيه إشعار بأنها تقبل فى التعزير ، وهذه رواية عن أبى يوسف . وعن أبى حنيفة أنها لا تقبل كما فى الاختيار قهستانى (قوله وجاز الإشهاد مطلقا) أى بعذر أو غيره وسواء تعذر حضور الأصل أم لا لأن تحمل الشهادة أسهل من أدائها . قال فى خزانة المفتين : والإشهاد على شهادة نفسه يجوز وإن لم يكن بالأصول عذر ، حتى لو حل بهم العذر من مرض أو سفر أوموت شهد الفروع اه فتبين أن اشتراط العذر وقت الأداء لا وقت التحمل .

قال فى البحر : وقيد شهادة الفرع أى عند القاضى لأن وقت التحمل لا يشترط أن يكون فى الأصل عذر لما فى خزانة المفتين وساق عبارتها المذكورة (قوله بشرط تعذر حضور الأصل) قال فى البحر : لأن جوازها عند الحاجة وإنما تمس عند عجز الأصل .

قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى أشار إلى أن المراد بالمرض ما لا يستطيع معه الحضور إلى مجلس القاضى كما قيده فى الهداية . وأن المراد بالسفر الغيبة مدته كما هو ظاهر كلام المشايخ . وأفصح به فى الخانية والهداية لا بمجاوزة البيوت وإن أطلقه كالمرض فى الكنز ولم يصرح بالتعذر . ولكن ما ذكرنا هو المراد لأن العلة العجز فافهم (قوله وما نقله القهستانى) حيث قال : لكن فى قضاء النهاية وغيره أن الأصل إذا مات لا تقبل شهادة فرعه فيشترط حياة الأصل (قوله فيه كلام) ويؤيد كلام القهستانى قوله الآتى وبخروج أصله عن أهليتها (قوله فإنه نقله عن الخانية عنها) أى بواسطتها أراد أنه نقل عن قضاء النهاية عن الخانية ولفظ عنها هو على ما فى أكثر النسخ ، وفى بعضها هناك بدل عنها أى فى كتاب القضاء . وفى شرحه على الملتقى ما يشعر بذلك وهو الأحسن .

أقول : وليس فى القهستانى ذلك كما علمت من عبارته المتقدمة ، ولعل الشارح اطلع عليه فى عبارة النهاية أو تحريف فى القهستانى الذى رآها ، والأولى للشارح أن يقول : فإنه نقله عنها عن الخانية كما تدل عليه عبارته فى شرح الملتقى فإنه قال فيه . لكن فى قضاء النهاية عن قاضيخان الأصل إذا مات لا تقبل شهادة فرعه فتشترط حياة الأصل كذا ذكره القهستانى .

وهو خطأ والصواب ما هنا (أو مرض أو سفر) واكتنى الثانى بغيبته بحيث يتعذر أن يبيت بأهله واستحسنه غير واحد

أقول : فيه أن استدراك القهستانى بقوله لكن فى قضاء النهاية الخ يخالف المشهور (قوله وهو خطأ) أى ما ذكره قاضيخان فى القضاء خطأ (قوله والصواب ما هنا) أى فى باب الشهادة على الشهادة قال فى الدر المنتقى بعد ذكر عبارة القهستانى السابقة وتعقبه بعضهم بأنه أخطأ وأن قاضيخان وغيره ذكره هنا كغيره فأصاب ، وخالف ثمة فأخطأ اه . ثم قال : لكن نقل البرجندى عن الخلاصة والقهستانى عن الخزانة وكذا فى البحر والمنح والسراج وغيرها أنه إذا خرج الأصل ، عن أهلية الشهادة بأن خرس أو فسق أو عمى أو جن أو ارتد بطل الإشهاد اه : أى وبالموت خرج الأصل عن الأهلية وفيه أنهم جوزوا الشهادة بعد الموت نصا فهى مستثناة ط .

أقول : وقد يقال أن المقصود من تحميل الشهادة عدم ضياع الحق بموته ولا كذلك بما ذكر لأنها أمور عارضية قال فى الهندية : لا تقبل شهادة شهود الفرع إلا أن يموت شهود الأصل أو يمرضوا مرضا لا يستطيعون حضور مجلس القاضى أو يغبوا مسيرة ثلاثة أيام ولياليها فصاعدا كذا فى الكافى هذا ظاهر الرواية والفتوى عليه كذا فى التتارخانية (قوله أو مرض) أى مرضا لا يستطيع معه الحضور لمجلس الحاكم اه منح .

وفى شرح المجمع : المرض الذى لا يتعذر معه الحضور لا يكون عذرا اه (قوله أو سفر) ظاهر الكنز وغيره من المتون أن سفر الأصل يتحقق بأن يجاوز بيوت مصره قاصدا ثلاثة أيام وإن لم يسافر ثلاثة وظاهر كلام المشايخ أنه لابد من غيبة الأصل ثلاثة أيام ولياليها كما أفصح به فى الخانية منح . والذى فى الخانية الشهادة على الشهادة لا تجوز إلا أن يكون المشهود على شهادته مريضا فى المصر لايقدر أن يحضر لأداء الشهادة أو يكون ميتا أو غائبا غيبة السفر ثلاثة أيام ولياليها ، وعن أبى يوسف إذا كان شاهد الأصل فى موضع لو حضر لأداء الشهادة لايبيت فى منزله جازت الشهادة على الشهادة ، وعن محمد فى النوادر أنه تجوز الشهادة على الشهادة وإن كان الأصل صحيحا فى المصر اه .

لكن اعترض سيدى على عبارة المنح من قوله : وظاهر الكنز وغيره من المتون أن سفر الأصل الخ فى كون ظاهر المتون ذلك نظر حيث كانت العلة العجز وإلا لزم أن يكون المرض الذى لا يتعذر معه الحضور عذرا ، وليس كذلك فالمتبادر غيبته مدة السفر ، ولذا أتى فى الهداية برديفه فقال : أو يغيبوا مسيرة ثلاثة أيام ولياليها فصاعدا كما علمت مما قدمناه آنفا (قوله واكتفى الثانى بغيبته الخ) وعن محمد تجوز الشهادة كيفما كان حتى روى عنه أنه إذا كان الأصل فى زواية المسجد فشهد الفرع على شهادته فى زواية أخرى من ذلك المسجد تقبل شهادتهم وإلا قطع صرح به عنهما فقال وقال أبو يوسف ومحمد : تقبل وإن كانوا فى المصر اه ط .

وفى النهاية عن السرخسى والسعدى : إذا شهد الفروع على شهادة الأصول والأصل فى المصر يجب أن تجوز على قولهما لا على قول أبى حنيفة بناء على أن التوكيل بغير رضا الخصم لا يجوز عنده : وعندهما يجوز وجه البناء أن المدعى عليه لا يملك إنابة غيره مناب نفسه فى الجواب إلا بعذر فكذا لا يملك الأصل إنابة غيره مناب نفسه إلا بعذر ، والجامع أن استحقاق الجواب على المدعى عليه كاستحقاق الحضور على الشهود وعندهما لما ملك المدعى عليه إنابة غيره مناب نفسه فى الجواب من غير عذر ، فكذا فى الحضور إلى مجلس الحكم زيلعى فعلى هذا لايشترط لأداء الفروع أن يكون بالأصول عذر أصلا عندهما (قوله واستحسنه غير واحد) قال الكمال

وفى القهستانى والسراجية عليه الفتوى وأقره المصنف (أو كون المرأة مخدرة) لا تخالط الرجال وإن خرجت لحاجة وحمام قنية وفيها لا يجوز الإشهاد لسلطان وأمير وهل يجوز لمحبوس إن من غير حاكم الخصومة نعم ذكره المصنف فى الوكالة وقوله (عند الشهادة) عند القاضى قيد للكل لإطلاق جواز الإشهاد لا الأداء كما مر (و) بشرط (شهادة عدد) نصاب ولو رجلا وامرأتين

كثير من المشايخ أخذ بهذه الرواية وبه أخذ الفقيه أبو الليث وذكره محمد فى السير الكبير اه (قوله وفى القهستانى) عبارته وتقبل عند أكثر المشايخ وعليه الفتوى كما فى المضمرات وذكر القهستانى أيضا أن الأول(١) ظاهر الرواية وعليه الفتوى وفى البحر قالوا : الأول أحسن وهو ظاهر الرواية كما فى الحاوى . والثانى أوفق وبه أخذ الفقيه وكثير من المشايخ وقال فخر الإسلام : إنه حسن وفى السراجية وعليه الفتوى اه (قوله وأقره المصنف) أى فى منحه (قوله أو كون المرأة مخدرة) قال البزدوى هى من لا تكون برزت بكرا كانت أو ثيبا ولا يراها غير المحارم من الرجال ، أما التى جلست على المنصة فرآها رجال أجانب كما هو عادة بعض البلاد لا تكون مخدرة خانية .

قال فى البحر : وظاهر كلام المصنف الحصر فى الثلاثة أى الموت والمرض والسفر وليس كذلك وذكر مسألة المخدرة المذكورة هنا (قوله لا تخالط الرجال) هو تعريف المخدرة كما فى القنية ونقله فى البحر والهندية عنها ، وكذا نقله العلامة الأنقروى برمز بم (قوله وفيها لا يجوز الإشهاد لسلطان وأمير) أى على شهادتهما إذا كان فى البلد الأعلى قول محمد على ما سلف (قوله وهل تجوز لمحبوس الخ) قال فى المعراج : إذا كان شاهد الأصل محبوسا فى المصر فأشهد على شهادته ، هل يجوز للفرع أن يشهد على شهادته ، وإذا شهد عند القاضى هل يحكم بها قال فى الذخيرة : اختلف فيه مشايخ زماننا قال بعضهم : إذا كان محبوسا فى سجن هذا القاضى لا يجوز لأن القاضى يخرجه من سجنه ، حتى يشهد ثم يعيده إلى السجن وإن كان فى سجن الوالى ولا يمكنه الخروج للشهادة يجوز اه وأطلق فى التهذيب جوازها بحبس الأصل اه .

أقول : ووجهه ظاهر لأن المحبوس لا يملك الخروج بل هو مجبور على عدمه قال ط : ويمكن حمله على ما ذكر من التفصيل اه .

وأقول : قدمنا إنه الآن فى زماننا لا فرق بين حبس القاضى والوالى بل المحبس واحد فإن من لزمه أداء شهادة يخرج لأدائها بمحافظ معه كما علمت فتنبه .

وفى الهندية : إن كان الأصل معتكفا قال القاضى بديع الدين : لا يجوز سواء كان منذورا أو غير منذور اه (قوله ذكره المصنف فى الوكالة) ونقله المصنف أيضا هنا عن السراج عن الذخيرة (قوله عند الشهادة) أى أدائها عند القاضى قال فى المنح : وهو أى قوله عند القاضى متعلق بتعذر وما عطف عليه (قوله قيد للكل) أى فيكون الظرف متعلقا بحضور الأصل (قوله لإطلاق جواز الإشهاد) يعنى يجوز أن يشهد وهو صحيح أو سقيم ونحوه ، لكن لا تجوز الشهادة عند القاضى إلا وما ذكر من الشروط موجود فى الأصل .

قال فى البحر نقلا عن خزانة المفتين : والإشهاد على شهادة نفسه يجوز وإن لم يكن بالأصول عذر حتى لو حل بهم العذر يشهد الفروع اه ومثله فى المنح عن السراجية (قوله كما مر) أى فى قوله : وجاز الإشهاد مطلقا (قوله شهادة عدد) قال فى فتح القدير لا تجوز شهادة الشاهد على الشاهد حتى يكون اثنين ولأن شهادة

---

(١) المراد بالأول ما صدر المصنف عبارته به وهو السفر الشرعى اه منه .

وما فى الحاوى غلط بحر (عن كل أصل) ولو امرأة (لا تغاير فرعى هذا وذاك)

كل من الأصلين هى المشهود بها فلابد أن يجتمع على كل مشهود به شاهدان حتى لو كانت امرأة شاهدة مع الأصول لايجوز على شهادتها إلا رجلان أو رجل وامرأتان .

وقال الشافعى رحمه الله تعالى فى أحد قوليه : لا يجوز إلا أن يشهد على شهادة كل منهما شاهدان غير اللذين شهدا على شهادة الآخر فذلك أربع على كل أصل اثنان : واختاره المزنى لأن كل فرعين يقومان مقام أصل واحد ، فصار كالمرأتين فلاتقوم الحجة بهما لأن المرأتين لما قامتامقام رجل واحد لم تتم حجة القضاءبشهادتهما ، ولأن أحدهما لو كان أصلا فشهد شهادته الأصلية ثم شهد شهادة فرعية مع فرع على شهادة الأصل الآخر لايجوز اتفاقا ، فكذا إذا شهدا جميعا على شهادة الأصلين .

وفى قول آخر للشافعى : يجوز وهو قول مالك وأحمد لنا ما روى عن على رضى الله عنه : لا يجوز شهادة الشاهد على الشاهد حتى يكونا اثنين فإنه بإطلاقه يفيد الاكتفاء باثنين من غير تقييد بأن يكون بإزاء كل أصل فرعان ولأن حاصل أمرهما أنهما شهدا بحق هو شهادة الأصلين ، ثم شهدا بحق آخر هو شهادة الأصل الآخر ، ولا مانع من أن يشهد شاهدان بحقوق كثيرة بخلاف أداء الأصل شهادة نفسه الأصلية ، ثم شهادة فرعية على الأصل الآخر مع فرع آخر غيره فإنه إنما لا تجوز لأن فيه يجتمع البدل والمبدل بخلاف ما لو شهد شهادته ، وشهد اثنان على شهادة الأصل الآخر حيث تجوز وبخلاف(١) شهادة المرأتين فإن النصاب لم يوجد لأنهما بمنزلة رجل واحد ولا تقبل شهادة واحد خلافا لمالك رحمه الله تعالى قال : الفرع قائم مقام الأصل معبر عنه بمنزلة رسوله فى إيصال شهادته إلى مجلس القاضى ، فكأنه حضر وشهد بنفسه واعتبر هذا برواية الأخبار فإن رواية الواحد عن الواحد مقبولة ، ولنا ما روينا عن على رضى الله تعالى عنه وهو ظاهر الدلالة على المراد ولأنه حق من الحقوق فلابد من نصاب الشهادة بخلاف رواية الأخبار كذا فى الفتح مع زيادة .

أقول : وجه الاستدلال بذلك أن عليا رضى الله تعالى عنه جوّز شهادة رجلين على شهادة رجل ولم ينف شهادتهما على شهادة رجل آخر ولم يشترط أن يكون بإزاء كل أصل فرعان على حدة فدل إطلاقه على جواز شهادة الفرعين جميعا على شهادة الأصلين ، ولم يرو عن غير علىّ خلافه فحل محل الإجماع .

قلت : وفيه تأمل كذا فى العينى (قوله وما فى الحاوى) أى من أنه : تقبل شهادة النساء على الشهادة (قوله بحر) عبارته : وكذا لا يشترط أن يكون المشهودعلى شهادته رجلا لأن للمرأة أيضا أن تشهد على شهادتها رجلين أو رجلا وامرأتين ، ويشترط أن يشهد على شهادة كل امرأة نصاب الشهادة كذا ذكر الشارح وقد توهم القدسى فى الحاوى أنه قيد احترازى فقال : ولا تقبل شهادة النساء على الشهادة اه . وهو غلط اه . (قوله عن كل أصل) متعلق بقوله وشهادة عدد فلو شهد عشرة على شهادة واحد تقبل ولكن لا يقضى حتى يشهد شاهد آخر لأن الثابت بشهادتهم شهادة واحد بحر ، عن الخزانة وأفاد أنه لو شهد واحد على شهادة نفسه وآخران على شهادة غيره يصح وصرح به فى البزازية (قوله ولو امرأة) لما قدمنا أنه لابد من نصاب الشهادة على شهادتها ، فيجوز للمرأة أن تشهد على شهادتها رجلين أو رجلا وامرأتين (قوله لا تغاير فرعى هذا وذاك) أى يكفى شاهدان عن كل أصل ولا يلزم لكل شاهد شاهدان متغايران حتى لو أشهد أحدهما على شهادته رجلين ، وأشهدهما الآخر بعينهما جاز ولو قال : لا تغاير فرعيهما لكان أولى

---

(١) (قوله وبخلاف) معطوف على قوله بخلاف أداء الأصل شهادة نفسه اه منه .

خلافا للشافعى .

(و) كيفيتها (أن يقول الأصل مخاطبا للفرع) ولو ابنه بحر (اشهد على شهادتى أنى أشهد بكذا) ويكفى سكوت الفرع ولو رده ارتد قنية ولا ينبغى أن يشهد على شهادة من ليس بعدل عنده حاوى

(قوله خلافا للشافعى) فإنه قال : لا يجوز حتى يشهد على كل واحد منهما رجلان غير الذى أشهدهما صاحبه فيكون شهود أربعة (قوله ولو ابنه) مستدرك بما سيأتى متنا (قوله اشهد على شهادتى أنى أشهد بكذا) لأنه لابد من التحميل والتوكيل ، لأن الفرع كالنائب عنه وهما يكونان بشينين ، ولابد أن يشهد عنده كما يشهد عند القاضى لينقله إلى مجلس القاضى ، وهو بالشين الثالثة ، وإنما قالوا الفرع كالنائب ولم يجعلوه نائبا لأن له أن يقضى بشهادة أصل وفرعين عن أصل آخر ولو كان الفرع نائبا حقيقة لما جاز الجمع بين الأصل والخلف نهاية. وأجاب الزيلعى : بعدم الجمع بينهما لأن الفرعين ليسا ببدل عن الذى شهد معهما بل عن الذى لم يحضر . قال فى البحر : ولم يذكر المؤلف بعد قوله أقر عندى بكذا وأشهدنى على نفسه لأنه ليس بشرط لأن من سمع إقرار غيره حل له الشهادة وإن لم يقل له اشهد كما قدمنا وقيد بقوله : اشهد لأنه لو لم يقل له اشهد لم يسعه أن يشهد على شهادته وإن سمعها منه وهذا فيما إذا سمعه فى غير مجلس القضاء أما لو سمع فى مجلس القضاء شاهدا يشهد جاز له أن يشهد على شهادته كما فى السراج عن النهاية ، وقيد بقوله : على شهادتى لأنه لو قال : اشهد علىّ بذلك لم تجز له الشهادة لأنه لفظ محتمل لاحتمال أن يكون الإشهاد على نفس الحق المشهود به فيكون أمرا بالكذب وقيد بعلىّ لأنه لو قال بشهادتى لم يجز له لاحتمال أن يكون أمر بأن يشهد مثل شهادته بالكذب ، وقيد بالشهادة على الشهادة لأن الشهادة بقضاء القاضى صحيحة ، وإن لم يشهدهما القاضى عليه وذكر فى الخلاصة اختلافا بين أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى فيما إذا سمع الشاهد أن القاضى فى غير مجلس القضاء ، فجوزه أبو حنيفة وهو الأقيس ، ومنعه أبو يوسف وهو الأحوط اه كلام البحر مع زيادة عليه . قال فى البزازية سمعا من الحاكم يقول : حكمت لهذا على هذا بكذا ثم نصب حاكم آخر لهما أن يشهدا به عليه أن سمعاه منه فى المصر ، وهو الأحوط ، والذى عليه علم الهدى والمتأخرون أن كلام العالم والعادل مقبول وكلام الظالم والجاهل لا إلا الجاهل العادل إن أحسن التفسير يقبل وإلا فلا .

مطلب علم القاضى ليس بحجة إلا فى كتاب القاضى للضرورة اه منه

ولا خفاء أن علم قضاة بلادنا ليس بشبهة فضلا عن الحجة إلا فى كتاب القاضى للضرورة اه (قوله ويكفى سكوت الفرع) أى عند تحميله (قوله قنية) عبارتها لو قال : لا أقبل ينبغى أن لا يصير شاهدا حتى لو شهد بعد ذلك لا تقبل اه تأمل (قوله ولا ينبغى الخ) الظاهر أن ذلك على المنع والاحتياط فى الحقوق واجب ، وهذا الفرع نقله فى البحر ثم قال بعد ورقة وفى خزانة المفتين الفرع إذا لم يعرف الأصل بعدالة ولا غيرها فهو مسىء فى الشهادة على شهادته بتركه الاحتياط اه .

مطلب فى معنى قولهم الإساءة أفحش من الكراهة والكراهة أفحش من الإساءة

وقالوا الإساءة أفحش من الكراهة اه ، لكن ذكر الشارح فى شرحه على المنار أنها دونها ، ورأيت مثله فى التقرير شرح البزدوى والتحقيق شرح الإخسيكثى وغيرهما أن الإساءة دون الكراهة ، ولعل

(ويقول الفرع أشهد أن فلانا أشهدنى على شهادته بكذا وقال لى اشهد على شهادتى بذلك) هذا أوسط العبارات وفيه خمس شينات والأقصر أن يقول إشهد على شهادتى بكذا ويقول الفرع: أشهد على شهادته بكذا وعليه فتوى السرخسى وغيره ابن كمال وهو الأصح كما فى القهستانى عن الزاهدى (ويكفى تعديل الفرع لأصله) إن عرف الفروع

مراد من قال دون الكراهة أراد بها التحريمية ومن قال: أفحش أراد بها التنزيهية تأمل (قوله ويقول الفرع أشهد أن فلانا الخ) أى ويذكر اسمه واسم أبيه وجده فإنه لا بد منه كما فى البحر وقوله: فلان تمثيل وإلا فلابد من بيان شاهد الأصل، حتى لو قالا: نشهد أن رجلين نعرفهما أشهدانا على شهاتهما أنهما يشهدان بكذا وقالا: لانسميهما أولا نعرف أسماءهما لم تقبل، لأنهما تحملا مجازفة لا عن معرفة كما فى الصغرى.

مطلب فلان بدون الألف واللام كناية عن الأناسى وبهما كناية عن البهائم

وفى أبى السعود فلان وفلانة بدون ألف ولام كناية عن الأناسى وبهما كناية عن البهائم تقول: ركبت الفلان وحلبت الفلانة اه (قوله هذا أوسط العبارات) قال صاحب الهداية، وخير الأمور أوساطها وهو الذى عليه القدورى وذكر أبو النصر شارحه أنه أولى وأحوط وفى المنبع واختارها شمس الأئمة الحلوانى اه وتبعه صاحب الدرر والغرر (قوله وفيه خمس شينات) والأطول أن يقول الفرع عند القاضى أشهد أن فلانا شهد عندى أن لفلان على فلان كذا، وأشهدنى على شهادته وأمرنى أن أشهد على شهادته، وأنا الآن أشهد على شهادته بذلك ففيه ثمان شينات قال فى المنية: أقل ما يكفى فى الإشهاد ثلاث شينات وهى أشهد عندكم بكذا فأشهدوا على شهادتى بذلك وبعض المشايخ قالوا يقول: الأصل أشهد بكذا وأنى أشهدك على شهادتى فاشهد على شهاتى، وفيه خمس شينات والأحسن الأقصر: قول أبى جعفر أن يقول الأصل اشهد علىّ شهادة بكذا، ويقول الفرع: أشهد على شهادة فلان بكذا من غير احتياج إلى زيادة كما يأتى وهو اختيار الفقيه أبى الليث وأستاذه أبو جعفر (قوله وعليه فتوى السرخسى وغيره) قال فى الفتح: وهو اختيار الفقيه أبى الليث وأستاذه أبى جعفر وهكذا ذكره محمد فى السير الكبير وبه قالت الأئمة الثلاثة. وحكى أن فقهاء زمن أبى جعفر خالفوه، واشترطوا زيادة طويلة فأخرج أبو جعفر الرواية من السير الكبير فانقادوا له قال فى الذخيرة، فلو اعتمد أحد على هذا كان أسهل، وكلام المصنف أى صاحب الهداية يقتضى ترجيح كلام القدورى المشتمل على خمس شينات حيث حكاه، وذكر أن ثم أطول منه وأقصر ثم قال: وخير الأمور أوساطها، وذكر أبو نصر البغدادى شارح القدورى أقصر آخر بثلاث شينات وهو أشهد، أن فلانا أشهدنى على شهادته أن فلانا أقر عنده بكذا ثم قال: وما ذكره القدوى أولى وأحوط ثم حكى خلافا فى أن قوله: وقال لى اشهد على شهادتى شرط عند أبى حنيفة ومحمد، فلا يجوز تركه لأنه إذا لم يقله احتمل أنه أمره أن يشهد مثل شهادته وهو كذب، وأنه أمره على وجه التحمل، فلا يثبت بالشك وعند أبى يوسف يجوز لأن أمر الشاهد محمول على الصحة ما أمكن فيحمل لذلك على التحميل اه والوجه فى شهود الزمان القول بقولهما، وإن كان فيهم العارف المتدين، لأن الحكم للغالب خصوصا المتخذ بها مكسبة للدراهم اه ما فى الفتح باختصار.

وحاصله: أنه اختار ما اختاره فى الهداية وشرح القدورى من لزوم خمس شينات فى الأداء، وهو ماجرى عليه فى المتون كالقدورى والكنز والغرر والملتقى والإصلاح ومواهب الرحمن وغيرها (قوله ويكفى تعديل الفرع لأصله) فى ظاهر الرواية وهو الصحيح لأنه من أهل التزكية هداية ولأن الفرع ناقل عبارة الأصل إلى

بالعدالة وإلا لزم تعديل الكل (ك) ما يكفى تعديل (أحد الشاهدين صاحبه) فى الأصح لأن العدل لا يتهم بمثله (وإن سكت) الفرع (عنه نظر) القاضى

مجلس التقاضى ، وبالنقل ينتهى حكم النيابة فيصير أجنبيا ، فيصح تعديله إذا عرفه القاضى كما فى الشروح قال الملا عبد الحليم محشى الدرر : أشار بعنوان الصحة أن فيه اختلافا لما أنه عن محمد عدم الصحة لتهمة المنفعة ، وله الصحة ظاهر الرواية وصححها فى الصغرى وهكذا فى المنصورية (قوله وإلا لزم تعديل الكل) هذا عند أبى يوسف وقال محمد : لاتقبل لأنه لاشهادة إلا بالعدالة فإذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل ، ولأبى يوسف أن المأخوذ عليهم النقل دون التعديل : لأنه قد يخفى عليهم فيتعرف القاضى العدالة كما إذا شهدوا بأنفسهم كذا فى الهداية وفى البحر : وقوله : وإلا صادق بصور الأولى أن يسكتوا وهو المراد هنا كما أفصح به فى الهداية الثانية أن يقولوا : لا يخبرك فجعله فى الخانية على الخلاف بين الشيخين وذكر الخصاف أن عدم القبول ظاهر الرواية ، وذكر الحلوانى أنها تقبل وهو الصحيح لأن الأصل بقى مستورا إذ يحتمل الجرح ، والتوقف فلا يثبت الجرح بالشك ووجه المشهور أنه جرح للأصول ، واستشهد الخصاف بأنهما لو قالا إنا نتهمه فى الشهادة لم يقبل القاضى شهادتهما على شهادته وما استشهد به هو الصورة الثالثة وقد ذكرها فى الخانية اهـ ملخصا . وحيث كان المراد الأولى فقول الشارح والا لزم الخ تكرار مع ما فى المتن (قوله أحد الشاهدين صاحبه فى الأصح) كذا اختاره فى الهداية أى إذا كان العدل وهو أحد الشاهدين معروفا بالعدالة عند القاضى ونقل فيه قولين فى النهاية .

والحاصل كما فى الخانية : أن القاضى إن عرف الأصول والفروع بالعدالة قضى بشهادتهم وإن عرف أحدهما دون الآخر سأل عمن لم يعرفه وإذا شهد الفرع على شهادة أصل فردت شهادته لفسق الأصل لا تقبل شهادة أحدهما بعد ذلك اهـ منح وبحر (قوله لأن العدل لايتهم بمثله) أى بتعديل مثله ولو اتهم بمثله لا يتهم فى شهادته على نفس الحق بأنه أنما يشهد ليصير قوله مقبولا عند الناس وإن لم تكن له شهادة اهـ ط عن الشلبى .

أقول : لكن الأولى فيه أن يقال : فقوله لا يتهم بمثله أى بهذا الاتهام المنافى للعدالة فمثل مقحمة يعنى لأن عدالته تمنعه أن يعدل غير العدل كذا علل فى البحر لكن فيه عود الضمير على غير مذكور ، وأصل العبارة فى الهداية حيث قال : وكذا إذا شهد شاهدان فعدل أحدهما الآخر يجوز لما قلنا أى من أنهم أهل التزكية غاية الأمر أن فيه منفعة من حيث القضاء بشهادته ولكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم فى شهادة نفسه كيف وأن قوله مقبول فى نفسه وإن ردت شهادة صاحبه فلا تهمة اهـ .

قال فى النهاية : أى بمثل ما ذكرت من الشبهة وقوله : غاية الأمر أى غاية ما يرد أنه متهم بسبب أن فى تعديله منفعة له من حيث تنفيذ القاضى قوله على موجب ما يشهد به . قلنا : العدل لا يتهم بمثل ما ذكرت من الشبهة فإن مثلها ثابت فى شهادة نفسه فإنها تتضمن القضاء بها فكما أنه لم يعتبر الشرع مع عدالته ذلك مانعا كذا ما نحن فيه وإلا لا نسد باب الشهادة اهـ . وبه ظهر أن الضمير ليس عائدا للعدل كما توهمه بعضهم (قوله وإن سكت الفرع عنه الخ) قال فى فتح القدير : وإن سكتوا أى الفروع عن تعديل الأصول حين سألهم القاضى جازت شهادة الفروع ، ونظر القاضى فى حال الأصول فإن عدلهم غيرهم قضى وإلا لا وهذا عند أبى يوسف ، وقال محمد : إذا سكتوا أو قالوا لا نعرف عدالتهم لا تقبل شهادة الفروع لأن قبولها باعتبار أنها تقبل شهادة ، ولم تثبت شهادة الأصول فلا تقبل شهادة الفروع ولأبى يوسف أن المأخوذ أى الواجب على الفروع ليس إلا نقل ما حملهم الأصول دون تعديلهم ، فإنه قد يخفى حالهم عنهم ، فإذا نقلوا ما حملوهم على القاضى أن يتعرف

(فى حاله) وكذا لو قال : لا أعرف حاله على الصحيح شرنبلالية وشرح المجمع وكذا لو قال : ليس بعدل على ما فى القهستانى عن المحيط فتنبه .

(وتبطل شهادة الفرع) بأمور

حالهم غير أن الفروع حاضرون، وهم أهل للتزكية إذا كانوا عدولا فسؤالهم أقرب للمسافة من سؤال غيرهم، فإن كان عندهم ، علم فقد قصرت المسافة وإلا احتاج إلى تعرف حالهم من غيرهم هكذا ذكر الخلاف الناصحى فى تهذيب أدب القاضى للخصاف ، وصاحب الهداية وشمس الأئمة فيما إذا قال الفروع حين سألهم عن عدالة الأصول : لا نخبرك بشىء لا تقبل شهادتهم : أى الفروع فى ظاهر الرواية لأن هذا ظاهر فى الجرح كما لو قالوا نتهمهم فى هذه الشهادة ثم قال : وروى عن محمد أنه لا يكون جرحا لأنه يحتمل كونه توقيفا فى حالهم فلا يثبت جرحا بالشك اه وعن أبى يوسف مثل هذه الرواية عن محمد أنها تقبل ، ويسأل غيرهما ، ولو قالا : لا نعرف عدالتهما ولا عدمها فكذا الجواب فيما ذكره أبو على السعدى ، وذكر الحلوانى أنها تقبل ، ويسأل عن الأصول ، وهو الصحيح لأن الأصل بقى مستورا فيسئل عنه ، وذكر هشام عن محمد فى عدل أشهد على شهادته شاهدين ، ثم غاب غيبة منقطعة نحو عشرين سنة ، ولا يدرى أهو على عدالته أم لا فشهدا على تلك الشهادة ، ولم يجد الحاكم من يسأله عن حاله إن كان الأصل مشهورا كأبى حنيفة ، وسفيان الثورى قضى بشهادتهما عنه لأن عثرة المشهور يتحدث بها وإن كان غير مشهور لا يقضى بها ، ولو أن فرعين عدالتهما معلومة شهدا عن أصل وقالا لا خير فيه وزكاه غيرهما لا تقبل شهادتهما وإن قال ذلك أحدهما لا يلتفت إلى جرحه . وفى التتمة إذا شهد أنه عدل وليس فى المصر من يعرفه فإن كان ليس موضع للمسألة يعنى بأن يخفى فيه المسألة سألهما عنه أو يبعث من يسألها عنه سرا فإن عدلاه قبل وإلا اكتفى بما أخبراه علانية اه (قوله فى حاله كما إذا حضر بنفسه) أى فيسأل عن عدالته فإذا ظهرت قبله وإلا لا (قوله على ما فى القهستانى) عبارته وفيه إيماء إلا أنه لو قال الفرع أن الأصل ليس بعدل أولا أعرفه لم تقبل شهادته كما قال الخصاف وعن أبى يوسف أنه تقبل وهو الصحيح على ما قال الحلوانى كما فى المحيط اه فتأمل النقل مدنى (قوله عن المحيط) ذكر فى التتارخانية خلافه ولم يذكر فيه خلافا وكيف هذا مع أنهما لو قالا نتهمه لا تقبل شهادتهما وظاهر استشهاد الخصاف به كما مر أنه لاخلاف فيه وفى البزازية فرعان معلوم عدالتهما شهدا عن أصل وقالا لا خير فيه وزكاه غيرهما لا يقبل وإن جرحه أحدهما لا يلتفت إليه (قوله فتنبه) قال فى الدر المنتقى فليحرر . وفى البحر وغيره : إذا قال الفرع للقاضى أنا أتهمه فى الشهادة فإن القاضى لا يقبله ، وهذا لا ينافى ما ذكره المؤلف لأن نفى الفرع العدالة عن الأصل لا ينافى وثوقه به فى هذه الشهادة أفاده أبو السعود (قوله وتبطل شهادة الفرع بأمور) عد منها فى البحر حضور الأصل قبل القضاء مستدلا بما فى الخانية ، ولو أن فروعا شهدوا على شهادة الأصول ثم حضر الأصول قبل القضاء لا يقضى بشهادة الفروع اه لكن قال فى البحر وظاهر قوله لا يقضى دون أن يقول بطل الإشهاد أن الأصول لو غابوا بعد ذلك قضى بشهادتهم اه .

أقول : وعلى هذا فما كان ينبغى لصاحب البحر عد الحضور من مبطلات الإشهاد ولذا تركه الشارح هنا وذكر فى البحر : إذا كتب للمدعى كتابا ثم حضر بلد المكتوب إليه قبل أن يقضى المكتوب إليه بكتابه لا يقضى بكتابه كما لو حضر شاهدا الأصل انتهى ، وفى اليتيمة سئل عن قاض قضى لرجل بملك الأرض بشهادة الفروع ثم جاء الأصول هل يبطل الفروع فقال هذا مختلف بين أصحابنا فمن قال : إن القضاء يقع بشهادة الأصول يبطل

بنهيهم عن الشهادة على الأظهر خلاصة وسيجيء متنا مايخالفه وبخروج أصله عن أهليتها كفسق وخرس وعمى و (بإنكار أصله الشهادة) كقولهم

ومن قال بشهادة الفروع لا يبطل اه وهذا الاختلاف عجيب فإن القضاء كيف يبطل بحضورهم فالظاهر عدمه اه (قوله بنهيهم عن الشهادة) ولو بعد الأداء قبل القضاء كما فى الخلاصة (قوله على الأظهر خلاصة) الذى استظهره فى الخلاصة فيما إذا حضر الأصول ونهو الفروع عن الشهادة فالمبطل حضور الأصل وزوال العذر المبيح للفرع لا النهى عن أداء الشهادة كما يفهم من البحر والمنح فلا مخالفة مع مايأتى تأمل (قوله وسيجيء متنا ما يخالفه) وقد علمت ما فيه تأمل قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى : وهو خلاف الأظهر (قوله وبخروج أصله عن أهليتها) لما فى البحر عن خزانة المفتين وإذا خرس الأصلان أو فسقا أو عميا أو ارتدا أو جنا لم تجز شهادة الفروع اه (قوله كفسق) أدخلت الكاف الجنون والارتداد (قوله وعمى) الظاهر أن يجرى الخلاف فى شهادة الأعمى هنا ط (قوله وبإنكار أصله الشهادة) هكذا وقع التعبير فى كثير من المعتبرات .

قال فى الدور : أقول : قد وقعت العبارة فى الهداية وشروحها وسائر المعتبرات هكذا وإن أنكر شهود الأصل الشهادة موافقة لما فى الكافى ، ولا يخفى على أحد مغايرة الإشهاد للشهادة ، فكيف يصح تفسيرها به ، ولعل منشأ غلطه قولهم ، لأن التحميل لم يثبت للتعارض ، فإن معنى التحميل هو الإشهاد وخفى عليه أن التحميل لا يثبت أيضا إذا أنكر أصل الشهادة بل هذا أبلغ من إنكار الإشهاد لأنه كناية : وهى أبلغ من التصريح .

وفى الشرنبلالية عن الفاضل المرحوم جوى زاده أقول : لم يرد الزيلعى تفسير لفظ الشهادة بالإشهاد بل أراد أن مدار بطلان شهادة الفرع على إنكار الأصل للإشهاد حتى يبطل مالو قال لى شهادة على هذه الحادثة ، لكن لم أشهد والمذكور فى المتن تصوير المسألة فى صورة من صورتى إنكار الإشهاد : وهى صورة إنكار الشهادة رأسا إذ لا شك فى فوات الإشهاد فى هذه الصورة أيضا ، وأنه ليس المراد بما فى المتن حصر البطلان بصورة إنكار الشهادة ، ولم يخف عليه أن التحميل لا يثبت أيضا مع إنكار أصل الشهادة وإنما يكون خافيا عليه لو توهم عدم بطلان شهادة الفرع حينئذ وحاشاه عن ذلك وإذ قد عرفت أن البطلان يعم صورة إنكار الشهادة رأسا وصورة الإقرار بها وإنكار الإشهاد تحققت أن كون التركيب أبلغ فى إنكار الشهادة غير مراد اه ما قاله الفاضل وصورة إنكار الشهادة ما قاله فى الجوهرة وإن أنكر شهود الأصل الشهادة لم تقبل شهادة الفروع بأن قالوا : ليس لنا شهادة فى هذه الحادثة وغابوا وما توا ثم جاء الفروع يشهدون على شهادتهم فى هذه الحادثة أو قالوا لم نشهد الفروع على شهادتنا فإن شهادة الفروع لم تقبل لأن التحميل لم يثبت وهو شرط اه .

أقول : فتحصل من عبارة الفاضل ما يفيد أن الأولى التعبير بالإشهاد لأن إنكار الشهادة لا يشمل ما إذا قال لى شهادة على هذه الحادثة لكن لم أشهدهم بخلاف إنكار الإشهاد فإنه يشمل هذا ويشمل إنكار الشهادة لأن إنكارها يستلزم إنكاره . فإنكار الإشهاد نوعان صريح وضمنى ولهذا عبر الزيلعى وصاحب البحر بالإشهاد وبه اندفع اعتراض الدرر على الزيلعى وظهر أيضا أن قول الشارح هنا أو لم نشهدهم ليس فى محله لأنه ليس من أفراد إنكار الشهادة لأن معناه لنا شهادة ولم نشهدهم فتأمل .

أقول : ولكن لايلزم من عدم التحميل عدم وجود شهادة مع الأصول وعليه فيتجه كلام الشارح تأمل ، وكتب المولى عبد الحليم على قول الدرر ولعل منشأ غلطه الخ لاخفاء فى أن كلا من صورتى المسألة مقصود هنا إلا أن إحداهما لو مقصودة بالذات تكون الأخرى مقصودة بالتضمن فإن إنكار الأصل الشهادة يقتضى

مالنا شهادة أو لم نشهدهم أو أشهدناهم وغلطنا ولو سئلوا فسكتوا قبلت خلاصة .

(شهدا على شهادة اثنين على فلانة بنت فلان الفلانية وقالا أخبرانا بمعرفتها وجاء المدعى بامرأة لم يعرفا أنها هى قيل له هات شاهدين أنها هى فلانة) ولو مقرة (ومثله الكتاب الحكمى) وهو كتاب القاضى إلى القاضى لأنه كالشهادة على الشهادة فلو جاء المدعى برجل لم يعرفاه كلف إثبات أنه هو ولو مقرا لاحتمال التزوير بحر ويلزم مدعى الاشتراك البيان

بطلان شهادة الفرع ، سواء أقر الأصل الشهادة لنفسه كما هو الظاهر أو لم يقر ، فلكل وجهة وعبارة الفقهاء : وهى إن أنكر شهود الأصل الشهادة يتبادر تصوير الكافى وتعليلهم بقولهم : لأن التحميل لم يثبت للتعارض يتبادر منه تصوير الزيلعى إذا الظاهر فى التعليل على الأول أن يقال : لأن الشهادة لم توجد للأصول فى هذه الحادثة فكيف يوجد التحميل ، ويصح لو وجد وكيف تقبل شهادة الفرع . فظهر أنه لم يخف فضلا عن الغلط على الإمام الزيلعى سيما أن شأنه عال من أن يخفى عليه مثل هذا المقام لمثله إذ هو من مشايخ الفقه يرجع إليه ، ويعتمد عليه هذا العلم عند الله تعالى ، ثم بطلان شهادة الفرع ، وعدم قبولها لو كان الإنكار من الأصل قبل أداء الفرع ، وحكم القاضى بشهادته بأنه يثبت على الفرع إنكار الأصل . وأما بعد الأداء والقبول والحكم بها فلا يلتفت إلى إنكاره كما لا يخفى انتهى ، وقال : وأنت خبير بأن إنكاره لها لا يستلزم إنكاره له لأن الأصل يحتمل أن يقول أشهدت الفرع فى ذلك كاذبا فيوجد الإشهاد مع إنكار الشهادة ، وهو من حملة صور البطلان وقد أشير إليه فيما سبق (قوله (مالنا شهادة أو لم نشهدهم) أى ثم ماتوا أو غابوا فشهد الفروع لم تقبل لعدم الشرط ، وهو التحميل ، وفى الفتح لأنه وقع فى التحميل تعارض خبرهما بوقوعه وخبر الأصول بعدمه ، ولا ثبوت مع التعارض انتهى .

قال فى شرح الواف يعنى إذا قال الأصول ذلك ثم ماتوا أو غابوا ، ثم جاء الفروع يشهدون على شهادتهم بهذه الحادثة أما مع حضورهم فلا يلتفت إلى شهادة الفروع وإن لم ينكروا شمنى (قوله أو أشهدناهم وغلطنا) هو فى معنى إنكار الشهادة ، وفيه أن الشاهد لو قال : أوهمت بعض شهادتى تقبل بالشروط المتقدمة فلماذا لم يجعل هذا مثله تأمل (قوله قبلت خلاصة) هذه مما جعل السكوت فيها كالنطق (قوله على فلانة) هو وفلان من غير أل يعبر به عن بنى آدم وبهما عن البهائم كما قدمناه (قوله الفلانية) أى المصرية مثلا (قوله قيل له هات شاهدين) أى فلا يشترط أن يعرف الفرع المشهود عليه بعينه وهذا من قبيل مامر شهادة قاصرة يتمها غيرهم (قوله ولو مقرة) لأن الشهادة على المعرفة بالنسب قد تحققت والمدعى يدعى الحق على الحاضرة فلعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة لاحتمال التزوير بحر ومنح (قوله ومثله الكتاب الحكمى الخ) فإن كتب أن فلانا وفلانا شهدا عندى بكذا من المال على فلانة بنت فلان الفلانية ، وأحضر المدعى امرأة عند القاضى المكتوب إليه ، وأنكرت المرأة أن تكون هى المنسوبة بهذه النسبة ، فلا بد من شاهدين آخرين يشهدان أنها المنسوبة بتلك النسبة كما فى المسألة الأولى كذا فى العينى مدنى (قوله لأنه كالشهادة على الشهادة) إلا أن القاضى لكمال ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنقل (قوله لاحتمال التزوير) أى على شخص اسمه وكنيته مثل ما فى الكتاب الحكمى بأن يتواطأ المدعى مع ذلك الرجل (قوله ويلزم مدعى الاشتراك البيان) يعنى أنه إذا ادعى المدعى عليه أن غيره يشاركه فى الإسم والنسب كان عليه البيان بأن يقول القاضى : أثبت ذلك فإن أثبت تندفع عنه

كما بسطه قاضيخان (ولو قالا فيهما التميمية لم تجز حتى ينسباها إلى فخذها)

الخصومة كما لو علم القاضي بمشارك له في الاسم والنسب وإن لم يثبت ذلك يكون خصما (قوله كما بسطه قاضيخان) قال فيها القاضي إذا كتب كتابا وكتب إسم المدعى عليه ونسبه على وجه الكمال فقال المدعى عليه لست أنا فلان ابن فلان الفلاني والقاضي المكتوب إليه لايعرفه يقول للمدعي أقم البينة أنه فلان بن فلان فإن قال المدعى عليه أنا فلان بن فلان بن فلان وفي هذا الحي أو في هذا الفخذ أو في هذه الحارة أو في هذه البلدة رجل غيري بهذا الإسم يقول له القاضي أثبت ذلك فإن أثبت ذلك تندفع عنه الخصومة كما لو علم القاضي بمشارك له في الإسم والنسب وإن لم يثبت ذلك يكون خصما اه ملخصا .

وفي البحر عن البزازية أقر أن عليه لفلان بن فلان الفلاني كذا فجاء رجل بهذا الإسم وادعاه وقال أردت به رجلا آخر مسمى بذلك صدق قضاء ولا يقضى عليه بالمال اه .

وقد يقال إن كلام قاضيخان في المدعى عليه وهذا مدع ط وإن برهن المدعى أن المشارك في الإسم والنسب قد مات لايقبل قوله لأنه لا حق له في إثبات حياة ذلك الميت وإن كان يعلم ماقاله المدعى عليه فإن كان يعلم بموت ذلك الرجل بعد تاريخ الكتاب لايقبل كتاب القاضي وإن كان قبل ذلك قبل وكذا لو كان لايدري وقت موت ذلك الرجل كما في البحر (قوله ولو قالا فيهما) أي في الشهادة وكتاب القاضي (قوله حتى ينسباها إلى فخذها) لأن التعريف لايحصل بالنسبة العامة وهي عامة إلى بني تميم لأنهم قوم لايحصون ويحصل بالنسبة إلى الفخذ لأنها خاصة وفسر في الهداية الفخذ بالقبيلة الخاصة . وفي الشرح بالجد الأعلى وفي المصباح الفخذ بالكسر وبالسكون للتخفيف دون القبيلة وفوق البطن وقيل دون البطن ، وفوق الفصيلة وهو مذكر لأنه بمعنى النفر والفخذ من الأعضاء مؤنثة والجمع فيهما أفخاذ اه .

وفي الصحاح : الفخذ : آخر القبائل أولها الشعب ثم القبيلة ثم الفصيلة ثم العمارة ثم البطن ثم الفخذ ، وقال في غيره : الفصيلة بعد الفخذ فالشعب بفتح الشين يجمع القبائل والقبائل تجمع العمائر والعمارة بكسر العين تجمع البطون والبطن يجمع الأفخاذ والفخذ يجمع الفصائل .

وذكر الزمخشري : أن العرب على ست طبقات شعب وقبيلة وعمارة وبطن وفخذ وفصيلة فمضر شعب وكذا ربيعة ومذحج وحمير وسميت شعوبا لأن القبائل تتشعب منها وكنانة قبيلة وقريش عمارة وقصي بطن وهاشم فخذ والعباس فصيلة ، وعلى هذا فلا يجوز الاكتفاء بالفخذ مالم ينسبها إلى الفصيلة لأنها دونها ولذا قال الله تعالى — وفصيلته التي تؤويه — ومنهم من ذكر بعد الفصيلة العشيرة . وتمامه في فصل الكفاءة من النكاح .

والحاصل : أن التعريف بالإشارة إلى الحاضر وفي الغائب لابد من ذكر الإسم والنسب والنسبة إلى الأب لاتكفي عند الإمام ومحمد ولابد من ذكر الجد خلافا للثاني فإن لم ينسب إلى الجد ونسبه إلى الفخذ الأب الأعلى كتميمي ونجاري لايكفي وإن إلى الحرفة لا إلى القبيلة والجد لايكفي عند الإمام وعندهما إن معروفا بالصناعة يكفي وإن نسبها إلى زوجها يكفي والمقصود الإعلام ، ولو كتب إلى فلان بن فلان الفلاني على فلان سندي عبد فلان بن فلان الفلاني كفى اتفاقا لأنه ذكر تمام التعريف ، ولو ذكر اسم المولى واسم أبيه لاغير ذكر السرخسي أنه لايكفي وذكر شيخ الإسلام أنه يكفي ، وبه يفتى لحصول التعريف بذكر ثلاثة العبد والمولى وأبيه وإن ذكر إسم العبد والمولى أن نسب إلى قبيلة الخاص لايكفي على ماذكره السرخسي ويكفي على ماذكره شيخ

. . . .

الإسلام لوجود ثلاثة وإن لم يذكر قبيلة الخاص لايكفى ، وإن ذكر إسم العبد ومولاه ونسب العبد إلى مولاه ذكر شيخ الإسلام أنه يكفى وبه أفتى الصدر لأنه وجد ثلاثة أشياء . وشرط الحاكم فى المختصر للتعريف ثلاثة أشياء : الإسم ، والنسبة إلى الأب ، والنسبة إلى الجد أو الفخذ أو الصناعة والصحيح أن(١) النسبة إلى الجد لابد منها وإن كان معروفا بالإسم المجرد مشهورا كشهرة الإمام أبى حنيفة يكفى ولا حاجة إلى ذكر الأب والجد وفى الدار كدار الخلافة وإن مشهورة لابد من ذكر الحدود عنده وعندهما هى كالرجل ولو كنى بلا تسمية لم يقبل إلا إذا كان مشهورا كالإمام ولو كتب من ابن فلان إلى فلان لم يجز إلا إن اشتهر كابن أبى ليلى ، ولو كتب إلى أبى فلان لم يجز لأن الجزء ينسب إلى الكل لا العكس كذا فى البزازية ثم قال : ويشترط نظر وجهها فى التعريف ، وإن أراد ذكر حليتها يترك موضع الحلية حتى يكون القاضى هو الذى يكتب الحلية أو يملى الكاتب لأنه إن حلاها الكاتب لايجد القاضى بدا من أن ينظر إليها فيكون فيه نظر رجلين ، وفيما ذكرنا نظر رجل واحد فكان الأولى : وهل يشترط شهادة الزائد على عدلين فى أنها فلانة بنت فلان أم لا ؟ قال الإمام : لابد من شهادة جماعة على أنها فلانة بنت فلان وقالا شهادة عدلين تكفى وعليه الفتوى لأنه أيسر اه .

قال الطرابلسى فى معين الحكام : ولو عرفها رجلان وقالا نشهد أنها فلانة بنت فلان حل للشاهد أن يشهد وفاقا لأن فى لفظ الشهادة من التأكيد ماليس فى لفظ الخبر لأنه يمين بالله تعالى معنى ولو كان بلفظ الخبر إنما يجوز عند أبى حنيفة لو أخبر جماعة لايمكن تواطؤهم على الكذب ، وعندهما لو أخبره عدلان أنها فلانة بنت فلان بن فلان يحل له الشهادة اه فانظر مابينه وبين ماهنا من المخالفة ، وقدم فى شرح قوله وله أن يشهد بما سمع أو رأى عن الفتاوى الصغرى مايوافق ماذكره هنا فتأمل والذى يظهر أن مافى معين الحكام هو المعتبر لما ذكره من العلة تأمل ، وهو ظاهر إلا قوله إن النسبة لاتكفى عن الجد فى الهداية ، ثم التعريف وإن كان يتم بذكر الجد عن أبى حنيفة ومحمد خلافا لأبى يوسف على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لأنه إسم الجد الأعلى فنزل منزلة الجد الأدنى.اه وكذا تمثيله فى البزازية للفخذ بتميمى غير صحيح لما علمته آنفا . وفى خزانة المفتين لو ذكر لقبه ونسبه واسم أبيه قيل : يكفى والصحيح أنه لايكفى فإذا قضى قاض بدون ذكر الجد ينفذ .

وفى فتاوى قاضيخان وإن حصل التعريف باسمه واسم أبيه ولقبه لايحتاج إلى ذكر الجد وإن كان لايحصل إلا بذكر الجد لايكفى والمدينة والقرية والكورة ليست بسبب للتعريف ، ولا تقع المعرفة بالإضافة إليها وإن دامت فإذا كان الرجل يعرف باسمه ، واسم أبيه وجده لايحتاج إلى اللقب وإن كان لايحصل إلا بذكر اللقب بأن كان يشاركه فى المصر غيره فى ذلك الإسم واللقب كما فى أحمد بن محمد بن عمر ، فهذا لايقع التعريف به لأن فى ذلك المصر يشاركه غيره .

فالحاصل : أن المعتبر إنما هو حاصل المعرفة وارتفاع الاشتراك اه . قال فى الفتح : ولا يخفى أنه ليس المقصود من التعريف أن ينسب إلى أن يعرفه القاضى لأنه قد لايعرفه ولو نسبه إلى مائة جد وإلى صناعته ومحلته ، بل ليثبت بذلك الاختصاص ويزول الاشتراط فإنه قلما يتفق اثنان فى اسمهما واسم أبيهما وجدهما أو صناعتهما ولقبهما فما ذكر عن قاضيخان من أنه لو لم يعرف مع ذكر الجد لايكتفى بذلك الأوجه منه مانقل فى الفصول

(١) (قوله والصحيح أن الخ) سيأتى رده قريبا اه منه .

كجدها ويكفى نسبتها لزوجها والمقصود الإعلام .
(أشهد على شهادته ثم نهاه عنها لم يصح) أى نهيه فله أن يشهد على ذلك درر وأقره المصنف هنا لكنه قدم ترجيح خلافه عن الخلاصة .
(كافران شهدا على شهادة مسلمين لكافر على كافر لم تقبل كذا شهادتهما على القضاء لكافر على كافر وتقبل شهادة رجل على شهادة أبيه وعلى قضاء أبيه) فى الصحيح درر خلافا للملتقط .
(من ظهر أنه شهد بزور) بأن أقر على نفسه

من أن شرط التعريف ذكر ثلاثة أشياء غير أنهم اختلفوا فى اللقب مع الإسم هل هما واحد أو لا والمراد بالثلاثة اسمه واسم أبيه وجده أو صناعته أو فخذه فإنه يكفى عن الجد خلافا لما فى البزازية . وقدمنا حاصل الكلام على ذلك فى أوائل كتاب الشهادات عند قول الشارح فالمعتبر التعريف لاتكثير الحروف فراجعه (قوله كجدها) الأنسب أن يقول وجدها (قوله والمقصود الإعلام) أى بأقصى مايمكن لأن مجلس الإشهاد كمجلس القضاء والأولى رفع الاشتراك لأن الإعلام بأن يعرف غير مراد كما مر .
وفى البحر عن البزازية : وإن كان معروفا بالإسم المجرد مشهورا كشهرة الإمام أبى حنيفة يكفى عن ذكر الأب والجد. ولو كنى بلا تسمية لم يقبل إلا إذا كان مشهورا كالإمام كما تقدم قبيل هذا فى العرب . أما فى العجم فلا يشترط ذكر الفخذ قال فى إيضاح الإصلاح وفى العجم ذكر الصناعة بمنزلة الفخذ لأنهم ضيعوا أنسابهم بحر (قوله ثم نهاه عنها) أى عن الشهادة على شهادته (قوله لم يصح أى نهيه) أشار به إلى أن الإشهاد ليس بتوكيل إذ لو كان توكيلا لصح منعه . ولكن يشترط أمره بالشهادة لأنها حقه فلا يعتبر نقل أحد بدون أمره ، حتى لو سمع تحميل شاهد ليس للسامع أن يشهد على شهادته لأنه إنما حمل غيره بحضرته كما فى الفتح (قوله كافران شهدا على شهادة مسلمين الخ) قيد بهذا لأنه لو شهد مسلمان على شهادة كافر جاز كما فى كافى الحاكم .
قال فى الشرنبلالية : لعل وجه عدم القبول لما فيه من ثبوت ولايه الكافر على المسلم ، ولم يعلله قاضيخان ولأنهما شاهدان على أصليهما وهما مسلمان ولا تقبل شهادة الكافر على المسلم ولذا لاتقبل شهادتهما على القضاء لكافر على كافر أى إن كان القاضى مسلما لأن شهادتهما على القاضى (قوله وعلى قضاء أبيه) فى المقدسى جوز أبو حنيفة الشهادة على القضاء وإن سمعاه من القاضى فى غير مجلسه وهو الأقيس ومنعه أبو يوسف فيما سمعاه فى غير مجلس القضاء . وهو الأحوط ثم قال : لو سمع يقول لآخر قضيت عليك بكذا أو على فلان يجب أن يشهد على قضائه بلا تحميل (قوله درر) تتمة عبارتها هذه المسائل الأربع من الخانية (قوله من ظهر) أى تبين (قوله أنه شهد بزور) الزور هو فى اللغة الكذب كما فى المصباح وفى القاموس : الزور بالضم : الكذب والشرك بالله تعالى ، وأعياد اليهود والنصارى والرئيس ومجلس الغناء وما يعبد من دون الله والقوة وهذه وفاق بين لغة العرب والفرس ونهر يصب فى دجلة والرأى والعقل والباطل الخ وذكر القاضى فى تفسير قوله تعالى — والذين لايشهدون الزور — لايقيمون الشهادة الباطلة أو لايحضرون محاضر الكذب فإن مشاهدة الباطل شركة فيه اهـ بحر وعند الفقهاء الشهادة الباطلة عمدا والرجال والنساء فيها سواء بحر عن كافى الحاكم (قوله بأن أقر على نفسه) فى اليعقوبية يمكن أن يحمل قوله : لايعلم إلا بالإقرار على الحصر الإضافى بقرينة قوله : لايعلم بالبينة .
قال فى البحر : وقيد بإقراره لأنه لايحكم به إلا بإقراره فيقبل إقراره ويجب عليه موجبه من الضمان والتعزير

ولم يدع سهوا ولا غلطا كما حرره ابن الكمال ولا يمكن إثباته بالبينة لأنه من باب النفى (عزر

وزاد شيخ الإسلام أن يشهد بموت واحد ، فيجيء حيا كذا فى فتح القدير وبحث فيه الرملى فى حاشيته فقال: الذى يقتضيه التحقيق ماسيأتى أنه يحكم به فى كل مايتيقن به كذبه تأمله اه . وقال قد جوزوا الشهادة بالموت لمن سمع من ثقة موته إذا أخبره به ، فكيف يحكم به معه وقد يقال لما جزم بالشهادة بالموت . وظهر حيا قطع بكذبه فكان ينبغى أن لايجزم بل يقول : أخبرنى فلان أو سمعت من الناس أو اشتهر عندى ذلك ونحوه ، فى مثل ذلك ينبغى أن لايحكم به فلا يشهر ولا يعزر تأمل .

فإن قلت : سبق عند الكلام على قول المصنف ولا يسمع القاضى الشهادة على الجرح المجرد أن المدعى عليه إذا أقام البينة أن المدعى استأجر الشهود بعشرة دراهم من ماله الذى فى يده وطلب استرداده تقبل .

قلت : لايلزم من قبول بينة المدعى عليه لرد الشهادة كونهم شهود زور حتى لايلزمهم التعزير (قوله ولم يدع سهوا ولا غلطا) فى البحر عن فتح القدير ولو قال غلطت أو ظننت ذلك قيل هما بمعنى كذبت لإقراره بالشهادة بغير علم ويخالفه ماذكره الشارح فإنه جعلهما كنسيت فلا تعزير وهو الظاهر اه (قوله ولا يمكن إثباته) أى إثبات تزويره أما إثبات إقراره فممكن كما لايخفى تأمل (قوله لأنه من باب النفى) لأنها تقوم على أنه شهد بغير حق ولا يلتفت إلى ذلك جلبى .

قال فى البحر : وخرج ما إذا ردت شهادته لتهمته أو لمخالفة بين الشهادة والدعوى أو بين شهادتين فإنه لايعزر لأنا لاندرى من هو الكاذب منهم المشهود له أو الشاهدان أو أحدهما . وقد يكذب المدعى لينسب الشاهد إلى الكذب . ولا يمكن إثباته بالبينة لأنه من باب النفى والبينة حجة الإثبات فى إقراره على نفسه فيقبل إقراره ويجب عليه موجبه من الضمان أو التعزير ذكره الشارح الزيلعى وبه علم أنه لايمكن إثبات الزور بالبينة وفى كافى الحاكم : ومن التهاتر أن يشهد أن هذا الشئ لم يكن لفلان فهذا مما لايقبل ، وكذا لو شهدا أنه لم يكن لفلان على فلان دين ومن شهد أن هذا لم يكن فقد شهد بالباطل والحاكم يعلم أنه كاذب اه وظاهره أنه من قبيل الزور فيعزر فعلى هذا يعزر بإقراره ، أو بتيقن كذبه وإنما لم يذكره المؤلف إما لندرته وإما لأنه لامحيص له أن يقول : كذبت أو ظننت ذلك أو سمعت ذلك فشهدت وهما بمعنى كذبت لإقراره بالشهادة بغير علم ، فجعل كأنه قال ذلك كذا فى البناية ، وجعل فى إيضاح الإصلاح نظير مسألة ظهوره حيا بعد الشهادة بموته أو قتله ما إذا شهدوا برؤية الهلال فمضى ثلاثون يوما وليس فى السماء علة ولم يروا الهلال اه .

قال الرملى : قال فى فصول العمادى : شهدا أن لفلان على هذا الرجل ألف درهم فقضى القاضى بشهادتهما وأمر المدعى عليه بدفع المال وهو الألف إلى المدعى ثم أقام المدعى عليه البينة على البراءة فإن الشاهدين يضمنان ، والمدعى عليه بالخيار فى تضمين المدعى أو الشاهدين لأنهما حققا عليه إيجاب المال فى الحال فإذا أقام البينة على البراءة فقد ظهر كذبهما فصارا ضامنين فغرما اه وظاهره أن الشاهد يكون شاهد زور إلا أن يحمل ظهور الكذب بالنسبة إلى المال لا إلى التعزير والله تعالى أعلم ذكره الغزى اه (قوله عزر) لأن شهادة الزور كبيرة يتعدى ضررها إلى العباد ليس فيها حد مقدر ، قال عليه الصلاة والسلام : « يا أيها الناس عدلت شهادة الزور الإشراك بالله تعالى ثم تلا قوله تعالى — فاجتنبوا الرجس من الأوثان واجتنبوا قول الزور — » وعدها من الكبائر حين سئل عنها .

قال فى كافى الحاكم : اعلم أن شاهد الزور يعزر إجماعا اتصل القضاء بشهادته أولا لأنه ارتكب كبيرة اتصل

بالتشهير) وعليه الفتوى سراجية وزاد ضربه وحبسه مجمع وفى البحر : وظاهر كلامهم أن للقاضى أن يسحم وجهه إذا رآه سياسة وقيل إن رجع مصرا ضرب إجماعا

ضربها بالمسلمين وليس فيها حد يقدر فيعزر زجرا له وتنكيلا اه (قوله بالتشهير وعليه الفتوى) أى لا بالضرب وهو قول الإمام لأنه كان يقول تعزيره تشهيره قال فى السراجية : والفتوى على قوله واستدل الإمام بأن شريحا كان يشهر ولا يضرب وكان يبعثه إلى سوقه إن كان سوقيا وإلى قومه إن لم يكن سوقيا بعد العصر أجمع ماكانوا أى مجمعين أو إلى موضع أكثر جمعا للقوم فيقول : إن شريحا يقرئكم السلام ويقول أنا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروا الناس منه اه .

قال الشمنى : فإن قيل أن أبا حنيفة لا يرى تقليد التابعى أجيب بأنه لم يذكر فعل شريح مستدلا به وإنما ذكره لبيان أنه لم يستبد بهذا القول بل سبقه إليه واستدلاله إنما هو بتجويز الصحابة فعل شريح فإنه كان قاضيا فى زمن عمر رضى الله تعالى عنه ، وعلى رضى الله تعالى عنه ومثل هذا التشهير لا يخفى على الصحابة رضى الله تعالى عنهم الذين كانوا هم فى زمنهم وما استدلا به أى الصاحبان من حديث عمر الآتى محمول على السياسة اه والتشهير لغة : الرفع على الناس كما فى القاموس والإبراز كما فى المصباح ، وعند الفقهاء مانقل عن شريح وبعثه مع أعوان القاضى أعم من أن يكون ماشيا أو راكبا ولو على بقرة كما يفعل الآن كما فى البحر ، أو على حمار كما هو عرف ديارنا (قوله وزادا) أى الصاحبان ضربه وحبسه ، لأنه ارتكب محظورا .

قال فى البحر : ورجع فى فتح القدير قولهما وقال إنه الحق ، وهو قول الشافعى لأنه روى عن عمر رضى الله تعالى عنه أنه ضرب شاهد الزور أربعين سوطا وسخم وجهه .

قال المولى عبد الحليم أقول : ولا يلزم من كون قولهما حقا أن يرجح على قوله بل قوله : هو الحق ولهذا كان الفتوى عليه وذكر فى النهاية والمنبع معزيا إلى الحاكم الإمام أبى محمد الكاتب ، أنه لو رجع على سبيل التوبة والندامة لا يعزر بلا خلاف وإن رجع على سبيل الإصرار يعزر بلا خلاف وإنما الاختلاف فيما لم يعلم وجه رجوعه كما لا يخفى (قوله أن يسحم وجهه) السحم بضم السين وسكون الحاء المهملتين السواد وإن قال الطحطاوى يقال سخم وجهه إذا سوّده من السخام ، وهو سواد القدور وقد جاء بالحاء المهملة من الأسحم ، وهو الأسود وفى المغنى ولا يسخم وجهه بالخاء والحاء كمال اه (قوله إذا رآه سياسة) بأن كان الشاهد ليس من أهل الشهامة ولا يؤثر به التشهير إلا هذا الفعل اللائق به الزاجر له الرادع لأمثاله لكن قدم الشارح فى آخر باب حد القذف مايخالف هذا حيث قال :

واعلم أنهم يذكرون فى حكم السياسة أن الإمام يفعلها ، ولم يقولوا القاضى وظاهره أن القاضى ليس له الحكم بالسياسة ولا العمل بها فليحرر . ولعل قوله إذا رآه سياسية محمول على ما إذا فوض الإمام اه الأحكام والسياسة لأنه نائبه والنائب كالأصيل فى مثل هذه فتأمل لكن قال القهستانى : لا يسود إجماعا اه .

أقول : ويؤيده ما فى الذخيرة البرهانية والذى روى عن عمر رضى الله تعالى عنه فى شاهد الزور أنه يسخم وجهه . فتأويله عند شمس الأئمة السرخسى أنه قال ذلك بطريق السياسة إذا رأى الإمام المصلحة فيه وتأويله عند شيخ الإسلام : أنه لم يرد : به حقيقة التسويد ، وإنما أراد به التخجيل بالتفضيح والتشهير فإن الخجل يسمى مسودا قال الله تعالى — وإذا بشر أحدهم بالأنثى ظل وجهه مسودا وهو كظيم — (قوله إن رجع مصرا) أى على ما كان منه مثل أن يقول شهدت فى هذه بالزور ولا أرجع عن مثل ذلك فتح (قوله ضرب اجماعا) أى وشهر ط

وإن تائبا لم يعزر إجماعا وتفويض مدة توبته لرأى القاضى على الصحيح لو فاسقا ولو عدلا أو مستورا لاتقبل شهادته أبدا .

قلت : وعن الثانى تقبل وبه يفتى عينى وغيره والله أعلم .

باب الرجوع عن الشهادة

(قوله وإن تائبا الخ) أى وإن لم يعرف حاله فهو على الخلاف المذكور .

قال فى الفتح : واعلم أنه قد قيل أن المسئلة على ثلاثة أوجه إن رجع على سبيل الإصرار مثل أن يقول : نعم شهدت فى هذه بالزور ولا أرجع عن مثل ذلك فإنه يعزر بالضرب بالاتفاق وإن رجع على سبيل التوبة لا يعزر اتفاقا وإن كان لا يعرف حاله فعلى الاختلاف المذكور ، وقيل : لا خلاف بينهم فجوابه فى التائب لأن المقصود من التعزير الانزجار ، وقد انزجر بداعى الله تعالى وجوابهما فيمن لم يتب ولا يخالف فيه أبوحنيفة (قوله لرأى القاضى) أى بحيث يسوغ له أن يقبل شهادته لأن القبول والرد إليه فيكون تعريف حاله فى التوبة إليه وقيل يقدر بعام وقيل بنصفه لأنه بمضى الزمان يتغير الحال شرنبلالية (قوله لو فاسقا) الأولى أن يقول وتقبل شهادة بعد توبته لوفاسقا لأنه بعد ظهور توبته يعلم أنه لا يشهد زورا حملا لحاله على الصلاح تأمل لما فى العين (١) وهل تقبل توبته بعد ذلك قالوا إن كان فاسقا تقبل لأن الذى حمله على الشهادة فسقه فإذا تاب وظهر صلاحه يقبل لزوال الفسق اه (قوله لا تقبل شهادته أبدا) لأن عدالته لا تعتمد منلا على ولأنه لا يظن به شهادة الزور وحاله بعد التوبة كحاله حين شهد فلا يؤمن عوده (قوله وعن الثانى تقبل) لأنه قد يظهر بالندم والتأسف على ما وقع أى من غير ضرب مدة كما فى البحر عن الخلاصة قبيل قوله : والأقلف وفى الخانية المعروف بالعدالة إذا شهد بزور عن أبى يوسف أنه لاتقبل شهادته أبدا لأنه لاتعرف توبته وروى الفقية أبوجعفر أنه تقبل وعليه الاعتماد اه وظاهر كلام الشارح صريح فى أن الرواية الثانية عن أبى يوسف أيضا تأمل والله سبحانه وتعالى أعلم ، وأستغفر الله العظيم .

باب الرجوع عن الشهادة

أطلق الرجوع عنها فشمل ما إذا كان الرجوع من الأصل أو الفرع ومناسبته العامة والخاصة أى لمسئلة شهادة الزور وتأخيره ظاهرة وترجمته بالباب لأن مسائله تدخل فى مسائل كتاب الشهادات كدخول مسائل نواقض الوضوء فى كتاب الطهارة ، وترجمته بالكتاب فى الجامع الكبير بناء على أنه مشتمل على خمسة أبواب لا لأنه مباين الشهادة إذ الرجوع رفعها لما عرفت أن المباينة لم تمنع الدخول ، وقد صرحوا بأن الكتاب فى إصطلاح الفقهاء كمحلة من البلد والباب كالدار والفصل كالبيت قال الشريف الجرجانى : الفصل : قطعة من الباب فلما لم يكن لهذا (٢) تعدد الباب ولا أقل أن يكون فوق الفصل ترجمه بالباب ، فظهر أن هذا أولى من المترجم بالفصل كما فى الوقاية ومن المترجم بالكتاب كما فى بعض نسخ الهداية لأنه يوجد فى بعض نسخها الترجمة بالكتاب . ووجهه : أن تحته أبوابا متعددة لكن المصنف ذكر بعضها ، وإن لم يصرح بالباب أو الفصل وترك بعضا كما ذكره فى البحر ، وشأن المتون الاختصار ولذا ترجم فى التتار خانية بالكتاب وذكر تحته ستة عشر

---

(١) (قوله كما فى العين) لعله العينى أو نور العين فليحرر .

(٢) (قوله فلما لم يكن لهذا الخ) هكذا بالأصل ولتحرر هذه العبارة .

(هو أن يقول رجعت عما شهدت به ونحوه فلو أنكرها لا) يكون رجوعا (و) الرجوع (شرط مجلس القاضى)

فصلا ساقها على نسق وبه اندفع ما وجه به بعض أفاضل الشراح كلام بعض المصنفين مشيرا به إلى الاعتراض على الهداية .

قال فى البحر : والكلام فيه فى مواضع .

الأول : فى معناه لغة قال فى المصباح : رجع من سفره وعن الأمر يرجع رجوعا ورجعا ورجعى ومرجعا قال ابن السكيت : هو نقيض الذهاب اهـ .

الثانى : فى معناه اصطلاحا فهو نفى ما أثبته كذا فى المحيط .

الثالث : فى ركنه ، وهو قول الشاهد رجعت عما شهدت به أو شهدت بزور فيما شهدت به أو كذبت فى شهادتى فلو أنكرها لم يكن رجوعا كذا فى خزانة المفتين .

الرابع : فى شرطه مجلس القاضى فلا يصح الرجوع فى غيره ، وفائدته عدم قبول البينة على رجوعه وعدم استحلافه إذا أنكر كما سيأتى .

الخامس : فى صفته قال فى العناية إنه أمر مشروع مرغوب فيه ديانة لأن فيه خلاصا من عقاب الكبيرة اهـ وذكر الشارح أن شهادة الزور وكتمان الشهادة بالحق سواء ، وإذا شهد بزور عمدا أو خطأ وجبت عليه التوبة : وهى لا تصح إلا عند الحاكم ولا يمنعه عنها الاستحياء من المخلوق وفيه تداركه ما أتلف بالزور اهـ .

السادس : فى حكمه وهو شيئان أحدهما يرجع إلى ماله والآخر إلى نفسه فالأول وجوب الضمان ، ويحتاج إلى : بيان ثلاثة : سببه ، وشرائطه ، ومقداره فسببه : إتلاف المال أو النفس بها فإن وقعت إتلافا انعقدت سببا لوجوب الضمان وإلا فلا تنزيلا للسبب منزلة المباشرة وسيأتى بيانه مفصلا وشرطه كونه بعد القضاء ، ومجلس القضاء ، وكون المتلف بها عينا فلا ضمان لو رجع عن منفعة كالنكاح بعد الدخول ، ومنفعة دار شهدا على المؤجر للمستأجر بإجارتها بأقل من أجر مثلها ثم رجعا ، وأن يكون الإتلاف بغير عوض ، لأنه بعوض إتلاف صورة لا معنى ، وقدر الواجب على قدر الإتلاف لأنه السبب والحكم يتقدر بقدر العلة وأما ما يرجع إلى نفسه فنوعان وجوب الحد فى شهادة الزنا ، سواء كان قبل القضاء أو بعده للقذف منهم ، ولو بعد الإمضاء رجما كان أو جلدا خلافا لزفر فى الرجم ، ووجوب الضمان ، وهو الدية عليهم إن رجعوا بعد الرجم لا بعد الجلد وإن مات منه والثانى وجوب التعزير عليه سوى شهادة الزنا إن تعمد الشهادة بالزور فظهر عند القاضى بإقراره كذا فى البدائع فلا ضمان لو أتلفا حقا من الحقوق كالعفو عن القصاص لو شهدا به ثم رجعا أو الرجعة أو تسليم الشفعة أو إسقاط خيار من الخيارات كذا فى النتف ، ولا فرق فى وجوب التعزير أى التشهير بين كونه قبل القضاء أو بعده ونظر فيه فى فتح القدير وأجاب عنه فى البحر بما سيأتى قريبا عند قوله وعزر ولنا فيه جواب حسن يأتى قريبا فتأمله (قوله هو) أى الرجوع عنها منح .

أقول : ويمكن تفسيره بالراجع (قوله أن يقول) أى الشاهد (قوله عما شهدت به ونحو) أى مما تقدم من ركنه (قوله فلو أنكرها) أى بعد القضاء (قوله لا يكون رجوعا) كما فى البحر معزيا إلى خزانة المفتين وفى الفصول العمادية لو أنكر الشاهد الشهادة بعد قضاء القاضى لا يضمن لأن الإنكار للشهادة لا يكون رجوعا ، بل الرجوع أن يقول : كنت مبطلا فى الشهادة وهذا إنكار الشهادة اهـ منح (قوله شرطه مجلس القاضى)

ولو غير الأول لأنه فسخ أو توبة وهى بحسب الجناية كما قال عليـــه الصلاة والسلام « السر بالسر والعلانية بالعلانية » (فلو ادعى) المشهود عليه (رجوعهما عند غيره وبرهن) أو أراد يمينهما (لا يقبل) لفساد الدعوى بخلاف ما لو ادعى وقوعه عند قاض وتضمينه إياهما ملتقى أو برهانى أنهما أقرا برجوعهما عند غير القاضى قبل وجعل إنشاء للحال

فلا يصح عند غير القاضى ، ولو شرطيا منح أى وتتوقف صحة الرجوع على القضاء به ، أو بالضمان خلافا لمن استبعده كما نبه عليه فى الفتح . وفيه أيضا ، ويتفرع على اشتراط المجلس : أنه لو أقر شاهد بالرجوع فى غير المجلس وأشهد على نفسه به وبالتزام المال لا يلزمه شىء ، ولو ادعى عليه بذلك لا يلزمه إذا تصادقا أن لزوم المال عليه كان بهذا الرجوع . وفى المحيط : ولو ادعى رجوعهما عند القاضى ولم يدع القضاء بالرجوع والضمان لا تسمع منه البينة ولا يحلف عليه ، لأن الرجوع لا يصح ولا يصير موجبا للضمان إلا باتصال القضاء به كالشهادة وإلى ذلك أشار صاحب الهداية ، وبه صرح فى الفتاوى الصغرى .

قال فى الدر المنتقى : وأفاد بتضمينه توقف صحة الرجوع على القضاء به أو بالضمان والرد على من استبعده وإن كان بعض المتأخرين قلده ، وقوله مجلس القاضى هكذا فى أكثر النسخ لكن الذى فى المنح والمتون المجردة : مجلس قاض منقوصا وهو الظاهر لمن تأمله قال مسكين عند قول الكنز : لا يصح الرجوع عنها إلا عند قاض تنكيره يشير إلى أنه يشترط مجلس القضاء أى قاض كان ولا يشترط الرجوع عند الذى شهد عنده اهـ (قوله ولو غير الأول) أى مجلس القاضى الأول (قوله لأنه فسخ) أى للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من مجلس القاضى : أى من أى حاكم كان كفسخ البيع يشترط له ما يشترط لصحة البيع من قيام المبيع ورضا المتبايعين مقدسى ومنح ، وهو تعليل لاشتراط مجلس القاضى (قوله أو توبة) فى المنح ولأن الرجوع توبة وهى على حسب الجناية فجعل الرجوع فسخا وتوبة وأتى الشارح بأو لأنه قد يرجع لا للتوبة ، بل قد يكون لقصد إتلاف الحق أو لكون المشهود عليه غره بمال كما قدمنا (قوله وهى) أى التوبة بحسب الجناية فالرجوع عنها توبة وهى علانية لكونها فى مجلس القاضى فيجب أن تكون التوبة عنها علانية ، وذلك بوقوعها فى مجلس القاضى وإن لم تكن عمدا فليست بمعصية فيكون الرجوع فسخا ، قال الكمال : أنت تعلم أن العلانية لا تتوقف على الإعلان بمحل الذنب بخصوصه مع أن ذلك لا يمكن بل فى مثله مما فيه علانية وهو أنه إذا أظهر للناس الرجوع ، وأشهدهم عليه وبلغ ذلك القاضى بالبينة عليه كيف لا يكون معلنا اهـ (قوله السر بالسر والعلانية بالعلانية) هذا بعض الحديث وصدره « إذا ألممت ذنبا فاحدث عنده توبة : الخ (قوله فلو ادعى) بيان لفائدة اشتراط مجلس القاضى (قوله عند غيره) أى عند غير القاضى ، ولو شرطيا كما فى المحيط (قوله أو أراد يمينهما) أى عند العجز عن البرهان درر (قوله لا يقبل) أى ولا يستحلف (قوله لفساد الدعوى) لأن مجلس القاضى شرط للرجوع فكان مدعيا رجوعا باطلا ولبينة أو طلب اليمين إنما يكون بعد الدعوى الصحيحة (قوله عند قاض) أى آخر غير الذى كان قضى بالحق داماد (قوله وتضمينه أياهما) عطف على قوله وقوعه أى وادعى أن ذلك القاضى الذى وقع رجوعهما عنده ضمنهما أى حكم عليهما بالضمان حلبى حيث تقبل لأن السبب صحيح بحر (قوله أياهما) أى الشاهدين : أى وأقام بينة تقبل بينته ، ويحلفان إن أنكرا لأن السبب صحيح كما لو أقر عند القاضى أنه رجع عند غير القلضى ، فإنه صحيح وإن أقر برجوع باطل لأنه يجعل إنشاء للحال كما فى المنح (قوله قبل وجعل إنشاء) أى كما لو أقرا عند القاضى إنهما رجعا عند غير قاض إلى آخر ما تقدم فى المقولة التى قبل هذه ، فظهر

ابن ملك (فإن رجعا قبل الحكم بها سقطت ولا ضمان) وعزر ولو عن بعضها لأنه فسق نفسه جامع الفصولين (وبعده لم يفسخ) الحكم (مطلقا) لترجحه بالقضاء

الفرق بين ما إذا برهن على رجوعهما عند غير القاضي ، وبين ما إذا برهن على إقرارهما بالرجوع عند غير قاض فإنه في الأول لا يقبل ، لأن رجوعهما عند غير القاضي غير معتبر ، وفي الثاني : يقبل ، لأن الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة فبالبرهان على إقرارهما صارا كأنهما أقرا في الحال والحال أنهما عند القاضي وذلك رجوع معتبر فيقبل (قوله ابن ملك) ومثله في التبيين وعبارته : ولو أقام بينة أنهما أقرا برجوعهما عند غير القاضي تسمع ، لأن إقرارهما به يكون رجوعا منهما في الحال اه أي وإن كان إقرارهما عند غيره باطلا لأنه يجعل إنشاء للحال (قوله سقطت) أي الشهادة عن الاعتبار فلا يقضي القاضي بها لتعارض الخبرين بلا مرجح للأول (قوله ولا ضمان) لأنهما لم يتلفا شيئا على أحد (قوله وعزر) أي الشاهد أي جنسه الصادق بالواحد والمتعدد . وفي بعض النسخ بلفظ التثنية مطابقا لقول المتن : فإن رجعا وفي بعضها بالإفراد أي الشاهد كما فيما بعده وهو قوله لأنه فسق نفسه إشارة إلى أن الحكم لا يختلف فيما إذا رجعا أو رجع أحدهما .

قال في الفتح : قالوا : ويعزر الشهود سواء رجعوا قبل القضاء أو بعده ولا يخلو عن نظر ، لأن الرجوع ظاهر في أنه توبة عن تعمد الزور إن تعمده أو التهور والعجلة إن كان أخطأ فيه ، ولا تعزير على التوبة ، ولا على ذنب ارتفع بها وليس فيه حد مقدر اه وأجاب في البحر : بأن رجوعه قبل القضاء قد يكون لقصد إتلاف الحق أوكون المشهود عليه غره بمال لا لما ذكره وبعد القضاء قد يكون لظنه بجهله أنه إتلاف على المشهود له مع أنه إتلاف لما له بالغرامة اه .

أقول : ويظهر لي أن الجواب الحسن في ذلك أن للحاكم تعزير الجاني ، ولو بعد انقضاء الجناية بخلاف غيره من بقية المسلمين فليس لهم ذلك إلا حين التلبس بها ومعلوم أن القاضي حاكم (قوله ولو عن بعضها) كما لو شهدا بدار وبنائها أو بأتان وولدها ثم رجعا بالبناء والولد لم يقض بالأصل منح (قوله لأنه فسق نفسه) بتشديد السين المهملة من التفسيق ، وشهادة الفاسق لا تقبل بحر ومنح (قوله لم يفسخ الحكم) لأن آخر كلامهم يناقض أوله فلا ينقض الحكم بالتناقض ، ولأنه في الدلالة على الصدق مثل الأول ، وقد ترجح الأول باتصال القضاء به منح (قوله مطلقا) قال في المنح : وقولي مطلقا يشمل ما إذا كان الشاهد وقت الرجوع مثل ما شهد في العدالة أو دونه أو أفضل منه ، وهكذا أطلق في أكثر الكتب متونا وشروحا وفتاوى . وفي المحيط : يصح رجوعه لو حاله بعد الرجوع أفضل منه وقت الشهادة في العدالة وإلا لا ويعزر ورده في البحر لعدم صحته عن أهل المذهب لمخالفته ما نقلوه من وجوب الضمان على الشاهد إذا رجع بعد الحكم ونقل في الفتح أنه قول أبي حنيفة الأول وهو قول شيخه حماد ، ثم رجع عنه إلى قولهما وهو عدم نقض القضاء وعدم رد المال على المقضى عليه على كل حال وعليه استقر المذهب ، وعزاه في البحر أيضا إلى كافي الحاكم وهكذا قال في البزازية : ثم رجع إلى قولهما وعليه استقر المذهب اهومثله في التتارخانية برمز المحيط فإنه نقل عنه أن أبا حنيفة كان يقول كذا وساق التفصيل ثم قال : ثم رجع عن هذا القول وقال لا يصح رجوعه في حق غيره على كل حال وهو قولهما والظاهر أن المراد بالمحيط المحيط البرهاني لما ذكر في البحر أن ما في المحيط السرخسي ليس فيه التفصيل (قوله لترجحه بالقضاء) الأولى : لترجحها أي الشهادة وعلى عبارة الشارح الضمير يرجع إلى الخبر الأول من الشاهد والأوضح التصريح به إذ ظاهره أن الضمير راجع إلى الحكم وفيه تهافت ط : أي فيكون فيه تعليل الشيء بنفسه فيصير المعنى كأنه

بخلاف ظهور الشاهد عبدا (أو محدودا فى قذف) فإن القضاء يبطل ويرد ما أخذ وتلزم الدية لو قصاصا ولا يضمن الشهود لما مر أن الحاكم إذا أخطأ فالغرم على المقضى له شرح تكملة (وضمنا ما أتلفا للمشهود عليه) لتسببهما

قال لم يفسخ الحكم لترجحه بالحكم وهو فاسد والأولى فى التعليل لأن القضاء بعد وقوعه صحيحا لا ينقض تأمل (قوله بخلاف ظهور الشاهد عبدا) وكذا لو شهد على بيع واستحق أو وجد حرا أو بالخلع وقبض البدل، وأثبت الثلاث قبله أو بالقرض وقبض، ثم أثبت الإبراء أو الإيفاء بخلاف شهادتهما بأنه له عليه فإنهما يضمنان، وإن لم يرجعا إن برهنا على الإبراء لأنهم شهدوا بأنه عليه فى الحال وتبين خلافه (قوله ويرد ما أخذ) أى يرد المقضى له ما أخذ المقضى عليه بحر (قوله وتلزم الدية) أى إلى ولىّ المقتول (قوله لو قصاصا) إنما سقط القصاص لشبهة صورة القضاء (قوله ولا يضمن الشهود لما مر) أى فى كتاب القضاء (قوله أن الحاكم إذا أخطأ) قال ط وهنا قد أخطأ بعد التفحص عن حال الشهود (قوله وضمنا ماأتلفاه للمشهود عليه) أى إذا قبض المدعى المال لأن التسبب على وجه التعدى سبب الضمان كحافر البئر وقد وجد سبب الإتلاف تعديا، وقد تعذر إيجاب الضمان على المباشر، وهو القاضى لأنه كالملجأ إلى القاضى من جهتهما فإن القضاء واجب عليه بعد ظهور عدالتهما، حتى لو امتنع يأثم ويستحق العزل ويعزر وفى إيجابه عليه صرف الناس عن تقلده وتعذر استيفائه من المدعى لنفوذ الحكم فاعتبر السبب. وفى المحيط: رجع الشاهدان فى المرض وعليهما دين الصحة، وماتا بدىء بدين الصحة لأن ماوجب عليه بالرجوع فى المرض دين المرض لأنه وجب بإقرارهما فى المرض اهـ.

ويؤخذ من قوله: أتلفاه أنه لولم يضف التلف إليهما لا يضمنان كما لوشهد بنسب قبل الموت، فمات المشهود عليه وورث المشهود له المال من المشهود عليه ثم رجعا لم يضمنا، لأنه ورث بالموت، وذلك لأن استحقاق الوارث المال بالنسب والموت والاستحقاق يضاف إلى آخرهما وجودا فيضاف للموت ذكره الزيلعى فى إقرار المريض

وفى البحر عن العتابية: شهدوا على أنه أبرأه من الدين ثم مات الغريم مفلسا، ثم رجعا لم يضمنا لمطالب لأنه توى عليه بالإفلاس اهـ.

واعلم أن تضمين الشاهد لم ينحصر فى رجوعه بل مثله ما إذا ذكر شيئا لازما للقضاء، ثم ظهر بخلافه كما أوضحه ابن الشحنة فى لسان الحكام بقوله دقيقة فى إيجاب الضمان على الشاهدين الشاهدان متى ما ذكر شيئا هو لازم للقضاء ثم ظهر بخلافه ضمنا ومتى ما ذكرا شيئا لا يحتاج إليه القضاء ثم تبين بخلاف ما قالا لا يضمنان شيئا حتى أن مولى الموالاة إذا مات، وادعى رجل ميراثه بسبب الموالاة فشهد شاهدان أن هذا الرجل مولى هذا الذى أسلم والاه وعاقده، وأنه وارثه لا نعلم له وارثا غيره فقضى له القاضى بميراثه فاستهلكه، وهو معسر ثم إن رجلا آخر أقام البينة أنه كان نقض الولاء الأوّل ووالى هذا الثانى، وأنه توفى وهذا الثانى مولاه، ووارثه لا وارث له غيره فالقاضى يقضى بالميراث للثانى فيكون الثانى بالخيار إن شاء ضمن الشاهدين الأولين، وإن شاء ضمن المشهود له الأوّل لأنه ظهر كذب الشاهدين الأولين فيما للحكم به تعلق. وبيان ذلك فى مسئلة الولاء قولهما هو وارثه لا وارث له غيره أمر لابد منه للقضاء له بالميراث فإنهم إذا شهدوا بأصل الولاء، ولم يقولوا إنه وارثه فالقاضى لا يقضى له بالميراث، وإنما أخذ الأول الميراث بقول الشاهدين الأولين إنه مولاه، ووارثه اليوم وقد ظهر كذبهما فضمنا بخلاف مسئلة الشهادة بالنكاح، فإنهما إذا شهدا أنه مات، وهى امرأته لأن قولهما مات وهى امرأته زيادة غير محتاج إليها فإنهما لو قالا: كانت امرأته فإن القاضى يقضى لها بالميراث، فصار وجود هذه الزيادة والعدم بمنزلة ولو انعدمت هذه الزيادة لكان لا يجب عليهما شيء لأنهما شهدا بنكاح كان ولم يظهر كذبهما فى ذلك اهـ.

تعديا مع تعذر تضمين المباشر لأنه كالملجأ إلى القضاء (قبض المدعى المال أولا به يفتى) بحر وبزازية وخلاصة وخزانة المفتين

وفى البحر عن فروق الكرابيسى : شهد شاهدان على رجل أن فلانا أقرضه ألف درهم وقضى القاضى بها ثم أقام المقضى عليه بينة على الدفع قبل القضاء بأمر القاضى برد الألف إليه ، ولا يضمن الشهود ، ولو شهدوا أن عليه ألف درهم وقضى القاضى بذلك ، وأخذ الألف ، ثم برهن المقضى عليه على البراءة قبل القضاء يضمن الشهود . والفرق أن فى الوجه الأول : لم يظهر كذبهم ، لجواز أنه أقرضه ثم أبرأه وفى الوجه الثانى : ظهر كذبهم لأنهم شهدوا عليه بألف فى الحال وقد تبين كذبهم ، فصاروا متلفين عليه ألا ترى أنه لو قال : امرأته طالق إن كان لفلان عليه شىء فشهد المشهود أن فلانا أقرضه ألفا يحكم بالمال ولا يحكم بالوقوع ، ولو شهدوا أن عليه ألفا يحكم بالمال ، والوقوع جميعا فتبين بهذا أن الشهادة على الإقراض ليست شهادة على قيام الحق للحال والشهادة بالدين مطلقا شهادة على الحق فى الحال اهـ .

فقد علم تضمينهما بظهور كذبهما من غير رجوع فتضمينهما إذا تيقن كذبهما بالأولى ، ولذا قال فى تلخيص الجامع فى باب بطلان الشهادة : أخذ الدية ثم جاء المشهود بقتله حيا ضمن الولى للقبض ظلما ولا يرجع لسلامة بدله أو الشاهد للإلجاء كمكره المكره ويرجع بما أخذ الولى لملكه ذلك وكذا لو اقتص لكن لا يرجع عنده إذ ليس للدم مالية تملك ، بخلاف المدبر ، ولهذا فى عتقه يضمن الشاهد والمكره ، وفى العفو لا ولو شهد على الإقرار أو الشهادة ضمن الولى لما مر دون الشاهد ، لأنه لم يظهر كذبه إذ لا تنافى بخلاف الأول ، ولهذا لو ثبت الإبراء ضمن شاهد الدين دون الإقراض ، ولو قال : إن كان له علىّ حنث فى الأول دون الثانى كما لو وجد المشهود بنكاحها أما والشاهد عبدا أو محدودا فى قذف اهـ .

وبهذا علمت أن فرع الكرابيسى منقول فى التلخيص ، واندفع الإيراد عن القول بالتضمين إذا ظهر كذبه بما لو وجد المشهود بنكاحها أما أو أختا فإنه ظهر الكذب ولا ضمان اهـ (قوله تعديا) لأن المتسبب يضمن إذا كان كذلك كما هو معلوم (قوله مع تعذر الخ) جواب عن سؤال ، وهو إذا اجتمع المسبب ، والمباشر فالضمان على المباشر فلم ضمن الشاهد دون القاضى فأجاب : بأن القاضى متعذر تضمينه لأنه كالملجأ إلى القضاء (قوله قبض المدعى المال أولا) تبع المصنف بهذا الإطلاق صاحب الخلاصة والبزازية وخزانة المفتين وأصحاب الفتاوى لا صاحب المجمع كما فى بعض نسخ البحر لعدم تحرير عبارتها لأن صاحب المجمع قال فى شرحه هذا : إذا قبض المدعى المال دينا كان أو عينا وأصحاب الفتاوى لم يقيدوا اهـ وعزو الشارح للخلاصة اتبع فيه صاحب البحر .

أقول : عبارة الخلاصة هكذا الشاهدان إذا رجعا عن شهادتهما رجوعا معتبرا يعنى عند القاضى لا يبطل القضاء لكن ضمن المال الذى شهدا به ، وهذا قوله الآخر ، وهو قولهما وعليه الفتوى ، سواء قبض المقضى له المال الذى قضى له أو لم يقبض انتهت فقوله : وهو قوله الآخر ليس نصا فى رجوعه إلى الإطلاق وإلا لأخره والذى يظهر لى أنه أراد بقوله الآخر الضمان بالرجوع مطلقا : أى سواء كان الشاهد كحاله الأول فى العدالة أولا فيكون إشارة إلى ما تقدم الكلام فيه فيما مر آنفا يقربه ما فى الفتح حيث قال : واعلم أن الشافعية اختلفوا فى هذه المسئلة ، والصحيح عند الإمام والعراقيين وغيرهم أن الشهود يضمنون كمذهبنا والقول الآخر لا ينقض ، ولا يرد المال من المدعى ، ولا يضمن الشهود وهو عين قول أبى حنيفة الأول إذا كان حالهما وقت الرجوع مثله وقت الأداء اهـ .

وقيده فى الوقاية والكنز والدرر والملتقى بما إذا قبض المال لعدم الإتلاف قبله وقيل إن المال عينا فكالأول وإن دينا فكالثانى وأقره القهستانى

وفى الولو الجية : ثم إذا صح الرجوع لايبطل القضاء ، ولكن يضمنان المال الذى شهدا له به وهو قولهما وقول أبى حنيفة الآخر اه فهذه العبارة تؤيد ما قلنا .

ولو سلم أنه أراد رجوع الإمام عن التقييد بالقبض فنقول : لو صح لم يمش على خلافه أصحاب المتون وغيرهم كالهداية والمختار والوقاية والغرر والإصلاح والكنز والملتقى ومواهب الرحمن فكلهم قيدوا بالقبض ، وجزم به صاحب المجمع كما علمت والحدادى فى الجوهرة ، ولو صح نقل الرجوع لذكره شراح الهداية فإنهم اقتصروا على شرح ماذكره الماتن ، ونقلوا القول الآخر من غير ترجيح ، ولا ذكر رجوع ، وأنت على علم بأن ماأثبته أرباب المتون فى متونهم مختار لهم ، لأن المتون موضوعة لنقل المذهب ، ومما هو مقرر مشتهر أن مافى المتون مقدم على مافى الشروح ، ومافى الشروح مقدم على مافى الفتاوى والحواشى ؛ فكيف لايقدم مافى المتون والشروح على مافى الفتاوى وحينئذ فما كان ينبغى للمصنف أن يجزم بما فى الفتاوى ، ويعدل عما عليه المتون فالعبرة لما عليه أصحاب المتون أنه لايرجع إلا بعد القبض دينا كان أو عينا فليتأمل . وما نقله فى البحر عن الخلاصة أن مافى الفتاوى هو قول الإمام الأخير كما علمت فيه الكلام المتقدم وللمقال فيه مجال ، وكأنه هو الذى غر المصنف (قوله وقيده فى الوقاية الخ) وكذا فى الهداية والمختار والإصلاح ومواهب الرحمن وجزم به الحدادى فى الجوهرة وصاحب المجمع (قوله وقيل إن المال عينا فكالأول) قائله شيخ الإسلام أى يجب على الشهود الضمان مطلقا قبضها المشهود له أولا لأن الضمان مقيد بالمماثلة وفى العين زوال ملك المشهود عليه عنها بالقضاء وفى الدين لايزول ملكه حتى يقبضه ألا ترى أن المقضى عليه لايجوز له أن يتصرف فيها وجاز للمقضى عليه ذلك حلبى بزيادة . قال العلامة أبو السعود : وكذلك العقار يضمنه قبل القبض عندهم لأن العقار يضمن بالإتلاف بشهادة الزور بخلاف الغصب عند أبى حنيفة وأبى يوسف لعدم تحققه فيه زيلعى وقوله عندهم : أى عند أبى حنيفة وصاحبيه بقى أن يقال : ظاهر كلام الزيلعى يفيد عدم اشتراط القبض فى العقار لوجوب الضمان على الشاهد إذا رجع بعد القضاء من غير خلاف ، وليس كذلك بل الخلاف ثابت ولهذا قال شيخنا هذا على قول شيخ الإسلام ، وعلى قول شمس الأئمة لايضمنه الشاهدان بالرجوع إلا إذا قبضه المدعى كالمنقول اه (قوله وإن دينا فكالثانى) أى لو رجع الشهود قبل قبضه لايضمنون إلى أن يؤدى إليهم ولو بعده يضمنون أى فى الحال .

قال فى البحر : وفرق فى المحيط بين العين والدين فقال شهدا بعين ثم رجعا ضمنا قيمتها قبضها المشهود له أم لا لأن ضمان الرجوع ضمان إتلاف وضمان إتلاف مقدر بالمثل إن كان المشهود به مثليا وبالقيمة إن لم يكن مثليا ، وإن كان المشهود به دينا فرجع الشهود قبل قبضه لايضمنون ، وإن قبضه المشهود له ثم رجعا ضمنا لأنهما أوجبا عليه دينا فيجب فى ذمتهما مثل ذلك ، ولا يستوفى منهما إلا بعد قبض المشهود به تحقيقا للمعادلة اه وهذا هو قول شيخ الإسلام وشمل أيضا قوله : ماأتلفاه خمر الذمى وخنزيره لكن فى كافى الحاكم وإذا شهد الذميان الذمى بمال أو خمر أو خنزير فقضى به ثم رجعا ضمنا المال وقيمة الخنزير ولايضمنان الخمر ، ولا قيمته فى قول أبى يوسف ، ويضمنان قيمة الخمر فى قول محمد ، ولو لم يسلم الشاهدان وأسلم المشهود عليه ثم رجعا عن الشهادة ضمنا قيمة الخنزير ، ولم يضمنا قيمة الخمر وشمل أيضا ماأتلفاه العقار فيضمنه الشاهد برجوعه كما فى خزانة المفتين فهو وإن كان لايضمن بالغصب عندهما خلافا لمحمد يضمن بالإتلاف وهذا منه .

. . . .

وفى جامع صدر الدين: ادعى عبدا فى يده ملكا وقضى به فادعاه آخر وقضى له وادعاه آخر وقضى له ثم رجعوا ضمن كل فريق لمن شهد عليه ، قال محمد : ولا يشبه الوصية يعنى لايضمن للورثة لاتحاد المقضى عليه بخلاف الملك دليله وجد شهود الأول عبيدا يرد عليه فى الملك دون الوصية وشمل كل المشهود به أو بعضه ، فلذا قال فى جامع الفصولين عن محمد : شهدا له بدار وحكم له ثم قالا لاندرى لمن البناء فإنى لاأضمنهما قيمة البناء للمشهود عليه كأنهما قالا : قد شككنا فى شهادتنا ولو قالا ليس البناء للمدعى أضمنهما قيمة البناء ، وعن أبى يوسف شهدا له بدار فقالا قبل بالحكم إنما شهدنا بالعرصة أقبل شهادتهما على ذلك ، ولم يكن هذا رجوعا ولو قالاه بعد الحكم أضمنهما قيمة البناء اه .

ثم اعلم أن الضمان عنهما يسقط بأشياء . الأول: ضمنهما نصف المهر ثم أقر به رده إليهما . الثانى : ضمنهما قيمة العبد ثم أقر بالاعتاق رده . الثالث : ضمنهما قيمة العين ثم وهبها المشهود له للمشهود عليه ردها إليهما . الرابع : رجع الواهب فى هبته بقضاء بعد ماضمنا الشاهدين رد الضمان . الخامس : ورثة المقضى عليه رد الضمان بخلاف مالو اشتراه الكل من العتابية ، وشمل قوله أيضا ماأتلفاه جميع الأبواب إلا أن المصنف ذكر بعضها وفاته البعض فذكر الدين والنكاح والبيع والطلاق والعتاق والقصاص وشهو الأصل والفرع والمزكى وشاهد اليمين أى التعليق والولاء والتدبير والكتابة والاستيلاء والإحصان والشرط والإيقاع . وسنشرح كل واحد منها وقد فاته الهبة والإبراء والاستيفاء والبضاعة والتأجيل والنسب وأمومية الولد والدخول والخلع والولادة والموالاة والإقالة والوكالة والرهن والإجارة والمضاربة والشركة والشفعة والميراث والوصية والوديعة والعارية .

أما الهبة : ففى المحيط شهدوا أنه وهب عبده من فلان وقبضه ثم رجعا بعد القضاء ضمنا قيمة العبد ، وحق الرجوع لا يمنع التضمين فإن ضمنهما القيمة لم يرجع فيها لوصول العوض ، ولا يرجع الشاهدان فيها ولو كان أبيض العين يوم شهدا بالهبة ثم رجعا والبياض زائل ضمنا قيمته أبيض لاعتبار القيمة يوم القضاء اه .

وأما الإبراء والتأجيل ففى المحيط شهدا أنه أبرأه عن الدين أو أجله سنة أو أوفاه فقضى به ثم رجعا ضمنا ولو شهدا أنه أجله سنة فقضى بها ثم رجعا قبل الحلول أو بعده ضمنا ورجعا به على المطلوب إلى أجله ويبرأ الشاهدان بقبض الطالب الدين بعد مضى الأجل من المطلوب فإن ضمنا رجع به على المطلوب إلى أجله وقاما مقام الطالب فإن نوى ما على المطلوب فمن ما لهما أسقط المديون الأجل لم يضمنا ولو شهد أن له على آخر ألفا وآخران أنه أبرأه ثم رجعوا كلف مدعى الألف إقامة البينة ثانيا وخصمه فى ذلك شهود براءة الدين وقد رجعوا فيضمنها الألف ، ولاتصح إقامة البينة على الدين إلا بحضرة الشهود لابحضرة المدعى عليه ، ولايرجعان على المشهود له بالبراءة اه .

وفى العتابية : شهدوا على أنه أبرأه من الديون ثم مات الغريم مفلسا ثم رجعا لم يضمنا للطالب لأنه توى ما عليه بالإفلاس اه وأما الحد فسنذكره مع القصاص .

وأما النسب والولاء والكتابة والتدبير والاستيلاء : فسنذكرها فى كلام الماتن الآتى قال فى الولوالجية : ولو ادعى أنه ابن رجل والأب بجحد وأقام البينة أنه ابنه ولد على فراشه فقضى بذلك وأثبت نسبه ، ثم رجعوا فلا ضمان عليهم ، سواء رجعوا فى حال حياة الأب أو بعد وفاته أما فى حال حياة الأب فلأنهما لم يشهدا على الأب بالمال وإنما شهدا عليه بالنسب والنسب ليس بمال ، وما ليس بمال لا يضمن بالمال وأما بعد وفاته فلأنهم

. . . .

لو ضمنوا ما ورث الابن المشهود له لسائر الورثة لا يجوز ذلك لأن استحقاق الميراث يضاف إلى موت الأب لا إلى النسب لأن الميراث يستحق بالنسب والموت جميعا والموت آخرهما وجودا وكل حكم ثبت بعلة ذات وصفين يضاف إلى آخر الوصفين وجودا اه . وأما الإقالة فمع البيع .

وأما الوكالة : ففي المحيط شهدا أنه وكله بقبض دينه من فلان أو وديعة فقبضه وأنكر الموكل ثم رجعا لم يضمنا لأن الشاهد سبب لتفويت إمكان القبض على الموكل والوكيل باشر تفويته فيكون الضمان على المباشر ، وفي العتابية : ولا ضمان على شهود التوكيل بالإعتاق ولا على شهود التفويض ولا على شهود التوكيل بقبض الدين اه .

وأما الرهن ففي المحيط ادعى من اه ألف(١) على آخر أنه رهنه عبدا قيمته ألف ، والمطلوب مقر بالدين وشهدا بالرهن ثم رجعا لم يضمنا لأنهما أزالا بعوض ولو كان فيه فضل على الدين لم يضمنا ما دام العبد حيا فإن مات في يد المرتهن ضمن الفضل على الدين ، ولو ادعى الراهن الرهن وأنكر المرتهن لم يضمنا الفضل ويضمنان قدر الدين للمرتهن وإن رجعا عن الرهن دون التسليم بأن قالا : سلم إليه هذا العبد وما رهنه لا يضمنان اه .

وأما الإجارة ، ففي المحيط : ركب بعير الرجل إلى مكة يدعى الإجارة بخمسين ، وأقام بينة فعطب وادعى صاحب البعير الغصب ، ثم رجعا ضمنا قيمة البعير يوم عطب إلا مقدار ما أخذ صاحبه من الأجر شهدا أنه أكراه دابته بمائتين إلى موضع كذا وأجر مثلها مائة فركبها ، ثم رجعا لم يضمنا الفضل إن ادعى المستأجر الإجارة وجحد صاحب الدابة وإن ادعاها صاحب الإبل وجحد المستأجر ضمنا له ما أداه ما فوق أجر البعير .

وأما المضاربة ، ففي المحيط : ادعى المضارب نصف الربح فشهدا به ، ورب المال مقرا بالثلث ثم رجعا والربح لم يقبض لم يضمنا فإن قبضاه واقتسماه نصفين ، ثم رجعا ضمنا سدس الربح ، قيل هذا في كل ربح حصل قبل رجوعهما فأما ربح حصل بعد رجوعهما فإن كان رأس المال عرضا فكذلك ، وإن كان نقدا فرب المال يملك فسخها فكان راضيا باستحقاق الربح اه .

وأما الشركة ، ففي المحيط : شهدا أنهما اشتركا ورأس مال كل واحد منهما ألف على أن الربح أثلاث وصاحب الثلث يدعى النصف وربحا قبل الشهادة فاقتسما أثلاثا ثم رجعا ضمنا لصاحب الثلث ما بين النصفين والثلث وما ربحا بعد الشهادة فلا يضمنان عليهما اه .

وفي كافي الحاكم : في يد رجل مال فشهد الرجل أنه شريكه شركة مفاوضة فقضى له بنصف ما في يديه ثم رجعا ضمنا ذلك النصف للمشهود عليه .

وأما الشفعة ، ففي المحيط : ولو شهدا أن الدار التي في يد الشفيع ملكه فقضى له بالشفعة ثم رجعا لم يضمنا وإن كان الأول قد بنى فأمره القاضي بنقضه يضمنان قيمة بنائه ولهما النقض اه .

وأما الميراث ، ففي المحيط : شهدا لرجل مسلم أن أباه مات مسلما أو عرف كافرا(٢) وللميت ابن آخر كافر ثم رجعوا ضمنوا الميراث للكافر الوارث .

---

(١) (قوله ادعى من له ألف الخ) هكذا بالأصل ولعل الظاهر ادعى من عليه ألف لآخر فليحرر .

(٢) (قوله أو عرف كافرا) هكذا بالأصل وليحرر .

(فإن رجعوا فالغرم بالأسداس) وقالا عليهن النصف

واحد ، ثم قال : وعدم الاعتداد بكثرتهن عند انفرادهن لا يلزم منه عدم الاعتداد بكثرتهن عند الاجتماع مع الرجال كما فى الميراث اه . وليس فى كلام الصاحبين ما يفيد أنه مع قيامهن مقام رجل يقسم عليهن ما ثبت بشهادتهن فى حق من رجع منهن ليفرض بقدره ، وقد بقى منهن من يثبت به نصف الحق كما ذكره الزيلعى بعد هذا بقوله : ولو شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجعوا فعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف وعنده عليه الخمسان ، وعليهن ثلاثة الأخماس ، ولو رجع الرجل وامرأة فعليه النصف كله عندهما ولا شىء على المرأة وعنده عليهما أثلاثا اه .

ثم قال الشرنبلالى : ومثله فى الفتح ، على أنا لو سلمنا الانقسام عليهن عند الرجوع فالذى يظهر من تعليل قولهما أن الانقسام عليهن بحسب عددهن فعليهن أربعة أخماس النصف وعلى الرجل نصف كامل ويبقى خمس نصف المال ببقاء المرأتين ، والجواب عماذكره عن الإسبيجابى أنه مشى على قول الإمام لا على قولهما فليتأمل اه .

قلت : وذكر فى الولوالجية نحو ما فى المحيط وأشار إلى مخالفته القياس حيث قال : شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجع الرجل وامرأة ضمن الرجل نصف المال ولم تضمن المرأة شيئا وينبغى فى قياس قول أبى حنيفة أن يكون النصف أثلاثا على الرجل والمرأة أما عندهما النسوة وإن كثرن بمنزلة رجل واحد حالة الإنفراد وحالة الاختلاط ، وكان يشهد رجلان لا غير فكان الثابت بشهادة النسوة النصف فإذا بقى من يقوم بشهادته النصف منهن ، لم يكن على الراجعة شىء وأما عنده فلأن كل ثنتين حالة الاختلاط كرجل واحد وكل امرأة كنصف رجل كأنه يشهد رجلان ونصف من حيث الحكم فإن رجع رجل وامرأة فكأنه رجع رجل ونصف فالضمان عليهما أثلاثا اه .

قال المولى عبد الحليم : ظاهر تأخير دليل الإمام مع تقديم قوله على ترجيح قول الإمام وأما تصريح قولهما فى المتن مقابلا بقوله يقتضى التساوى بينهما ثم رجحان قول الإمام مبنى على قوة دليله وذا على ما صرح فى المبسوط وغيره إن حكم الشهادة كحكم الميراث وفيه يجعل كل بنتين كابن معه وعند الإنفراد لم يزد نصيبهن على الثلثين وكذلك فى الشهادة عند الإنفراد بعد نصف النصاب فيها ، وعند المقارنة بالرجل يزداد النصاب ، ويضاف القضاء بشهادة الكل على أن كل امرأتين كرجل هذا وما ذكر فى المحيط أنه لو رجع الرجل وثمان نسوة فعلى الرجل نصف الحق ، ولا شىء عليهن لأنهن وإن كثرن يقمن مقام رجل واحد فمحمول على قولهما كما أن ما ذكره الإسبيجابى من أنه لو شهد رجل وثلاث نسوة ، ثم رجع رجل وامرأة كان النصف عليهما أثلاثا محمول على قوله : وعليه كلام المقدسى والفتح والمنبع فظهر أن صاحب المحيط لم يسه ، وإن ظن سهوه صاحب التبيين وتبعه بعض المتأخرين على أنه يمكن أن يكون كلام صاحب المحيط على الاتفاق ، بناء على أن طرف النساء نصف النصاب ، وإن كثرن ولا يظهر قيام كل امرأتين مقام رجل ما لم ترجع واحدة اثنتين أو كلهن فما دام شطر النصاب باقيا من طرفهن لم يضمن الرواجع منهن فتدبر اه (قوله فإن رجعوا) أى رجع الكل من الرجال والنساء غلب الذكر لشرفه فلذا أعاد الضمير مذكرا (قوله فالغرم بالأسداس) السدس على الرجل وخمسة الأسداس على النسوة لأن كل امرأتين تقوم مقام رجل واحد ، فكأنه قد شهد ست رجال فيضمن الرجل السدس ، وكل امرأتين السدس وهذا عند الإمام (قوله وقالا عليهن النصف) لأن النساء وإن

كما لو رجعن فقط (ولا يضمن راجع فى النكاح شهد بمهر مثلها) أو أقل

كثرن فى الشهادة لا يقمن إلا مقام رجل واحد وكان الثابت بشهادته نصف المال وشهادتهن النصف الآخر ، ولهذا لا تقبل شهادتهن إلا بانضمام الرجل: ولأبى حنيفة أن كل امرأتين قامتا مقام رجل قال صلى الله تعالى عليه وسلم فى نقصان عقلهن « عدلت شهادة كل ثنتين منهن بشهادة رجل » روى البخارى من حديث أبى سعيد الخدرى رضى الله تعالى عنه أنه صلى الله تعالى عليه وسلم قال : « يا معشر النساء تصدقن وأكثرن من الاستغفار فإنى رأيتكن أكثر أهل النار فقالت امرأة منهن ؟ يا رسول الله مالنا أكثر أهل النار؟ قال: تكثرن اللعن وتكفرن العشير ، مارأيت من ناقصات عقل ودين أغلب لذى لب منكن قالت : يا رسول الله وما نقصان العقل والدين؟ فقال : أما نقصان العقل فشهادة امرأتين تعدل شهادة رجل وتمكث (١) الليالى لا تصلى وتفطر فى رمضان» فصار كما لو شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا » (قوله كما لو رجعن فقط) أى ضمن النصف إجماعا لأنهن وإن كثرن بمنزلة رجل واحد كما تقدم أما عندهما فظاهر ، لأن الثابت بشهادتهن نصف المال كما ذكرنا وكذا عنده إذ بقى من يبقى به نصف المال فصار كما لو شهد به ستة رجال ثم رجع خمسة (قوله ولا يضمن راجع فى النكاح الخ) هذه المسئلة على ستة أوجه لأنهما إما أن يشهدا بمهر المثل أو بأزيد أو بأنقص. وعلى كل فالمدعى إما هى أو هو ولا ضمان إلا فى صورة ما إذا شهدا عليه بأزيد، ولو قال المصنف بعد قوله : ضمناها للزوج كما فى المنح لأفاد جميع الصور خمسة منطوقا وواحدة مفهوما ولا غنى عما نقله الشارح عن العزمية . وكان عليه أيضا أن يقول وإن بأقل ويحذف ، ولو شهدا بأصل النكاح لإيهامه أن الشهادة فى الأولى ليست على أصله ، وعلى كل فقول الشارح ، أو أقل تكرار كما لا يخفى .

قال الحلبى : فلو قال المتن ويضمن الزيادة بالرجوع من شهد على الزوج بالنكاح بأكثر من مهر المثل لاستوفى الستة واحدة منطوقا وخمسة مفهوما ثم ظهر لى أن المصنف أظهر ما خفى وأخفى ما ظهر من هذه الصور فذكر عدم الضمان فى الشهادة بمهر المثل ويلزم منه عدمه فى الشهادة بالأقل وصرح بضمان الزيادة ، وهذا كله لو هى المدعية .كما نبه عليه الشارح ، وأشار به إلى أن ما بعده فيما لو كان هو المدعى فذكر المصنف بعده أنه لا ضمان لو شهدا بأقل من مهر المثل ، وسكت عما لو شهدا بمهر المثل أو أكثر للعلم بأنه لا ضمان بالأولى لأن الكلام فيما إذا كان هو المدعى ولم يصرح به الشارح كما صرح بالأقل فى الأول اعتمادا على ظهور المراد فتنبه ذكره سيدى الوالد رحمه الله تعالى .

أقول : فالحاصل أنه لا ضمان إلا فى صورة واحدة : وهى ما لو شهدا عليه بالأكثر فيضمنان الزائد على مهر المثل وفى الخمسة الباقية لا ضمان أصلا وهذا موافق لما فى التتارخانية حيث قال : وفى الزاد وإن شهد شاهدان على امرأة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا ، فلا ضمان عليهما ، وكذا لو شهدا بأقل من مهر مثلها وإن شهدا بأكثر من مهر مثلها ثم رجعا ضمنا الزيادة .

وفى المحيط : وإن ادعى رجل على امرأة النكاح وأقام على ذلك بينة والمرأة جاحدة ، فقضى القاضى عليها بالنكاح ، ثم رجعا عن شهادتهما لا يضمنان للمرأة شيئا سواء كان المسمى مهر المثل أو أكثر أو أقل اهـ

ثم قال : وإذا ادعى رجل على امرأته أنه تزوجها بمائة درهم وقالت المرأة ، لا بل تزوجتنى بألف درهم ومهر مثلها ألف درهم فشهد شاهدان أنه تزوجها على مائة درهم، فقضى ثم رجعا حال قيام النكاح ذكر أنهما

---

(١) (قوله وتمكث الخ) هكذا بالأصل وليحرر هذا الحديث فلعل فيه سقطا .

إذ الإتلاف بعوض كلا إتلاف (وإن زاد عليه ضمناها) لو هى المدعية وهو المنكر عزمى زاده .
(ولو شهدا بأصل النكاح بأقل من مهر مثلها فلا ضمان)

يضمنان للمرأة تسعمائة عندهما ، ولا يضمنان شيئا عند أبى يوسف هذا إذا رجعا قبل الطلاق فإن رجعا بعده فهذا على وجهين : إما أن يرجعا قبل الدخول أوبعده فإن كان بعد الدخول بها فالجواب فيه كالجواب حال قيام النكاح فأما إذا كان الطلاق قبل الدخول بها فإنهما لايضمنان للمرأة شيئا عندهم جميعا اه فأفاد أن الكلام الأول فيما إذا كان أصل النكاح مجحودا . أما إذا كانا مقرين به ، واختلفا فى المهر ، ثم رجع الشاهدان ففيه هذا التفصيل والحكم فيه ما علمت فتنبه لذلك .

قال فى البحر : وأشار فى المسألة بمهر المثل إلى أن هذا فيما إذا لم يطلقها بعد الدخول أو طلقها بعده ، أما إذا طلقها قبل الدخول لايضمنان لها شيئا بالاتفاق كما فى الحقائق ، وفى النكاح أنه لو ادعى بقبض المهر كلا أو بعضا وشهدا عليها به ثم رجعا بعد القضاء ضمناه لها لأنهما أتلفا عليها مالا دون البضع (قوله إذ الاتلاف بعوض كلا إتلاف) وهنا أتلفا شيئا يقابله عوض ، وهذا التعليل ظاهر فيما إذا كان المدعى الزوج لأنهما أتلفا عليها البضع بمال قابله من الزوج ، وكذا فيما إذا كان المدعى الزوجة ، لأنهما أتلفا المال بالبضع لأنه يكون متقوما بالدخول فى الملك والحالة هنا حال الدخول فى الملك (قوله وإن زاد عليه) هذا هو الموافق لما فى المنح والكنز بضمير المثنى فيوافق قوله بعد ضمناها وعلى إفراد الضمير يكون الضمير راجعا إلى المشهود به (قوله ضمناها) أى الزيادة للزوج لأنهما أتلفاها بلا عوض إذ الأصل أن المشهود به إن لم يكن مالا كقود ونكاح لم يضمن وكذا المال بمقابلة عوض بقدره ويضمن مازاد على العوض ، وبلا عوض يضمن كله فلو شهدا عليها بنكاح فقضى به ، ثم رجعا لم يضمنا لها شيئا سواء كان المسمى مثل مهر مثلها أو أكثر أو أقل ، لأنهما وإن أتلفا عليها البضع بما لايعدله لكنه لايتقوم على المتلف ، وإنما يتقوم على المتملك ضرورة التملك وهذا لأن ضمان الإتلاف مقدر بالمثل ، ولا مماثلة بين البضع والمال فأما عند دخوله فى ملك الزوج ، فقد صار متقوما إظهارا لخطره حتى يصان عن الابتذال ، ولا يملك مجانا لحصول النسل به وذا لايوجد فى طرف الإزالة ، ولو كانت هى المدعية فشهدا ورجعا : فإن كان مهر مثلها كالمسمى أو أكثر لم يضمنا لأنهما أوجبا عليه المهر بعوض يعدله أو يزيد عليه ، وهو البضع لأنه عند الدخول فى ملك الزوج متقوم وبينا أن الإتلاف بعوض يعدله لايوجب ضمانا فإن كان مهر مثلها أقل من الزيادة ضمناها للزوج لما مر مقدسى .

قال الزيلعى : فإن قيل هذا مستقيم فى حقها لأنهما أتلفا عليها البضع بعوض متقوم ، وأما فى حق الزوج فغير مستقيم ، لأن البضع غير متقوم وأتلفا عليه المال المتقوم بمقابله فوجب أن يضمنا له مطلقا قلنا البضع متقوم حال دخوله فى الملك والكلام فيه انتهى (قوله لو هى المدعية وهو المنكر) راجع إلى الثلاث أى لو ادعت عليه النكاح بمهر مثلها أو أقل أو أزيد وشهد شاهداها بذلك وقضى به القاضى على الزوج ، ثم رجع الشاهدان لم يضمنا شيئا فى الأولين وضمنا الزيادة فى الثالثة كما علمت (قوله عزمى زاده) أقول ومثله فى أكثر المعتبرات متونا وشروحا فالعزو للمتون أولى (قوله ولو شهدا بأصل النكاح بأقل من مهر مثلها) أى عليها بقرينة المقابلة بما مر ولأن أصل النكاح إنما يثبت على المرأة للزوج لأنها المملوكة له وهو المالك ثم إذا رجعا لم يضمنا مانقصاه من مهر مثلها لتعذر المماثلة لأن منافع البضع غير متقومة عند الإتلاف ، فلا تضمن بالمتقوم إذ التضمين يستدعى المماثلة وإنما تضمن وتقوم بالتملك ضرورة إبانة خطر المحل كذا فى التبيين . بقى مالو كان

على المعتمد لتعذر المماثلة بين البضع والمال (بخلاف ما لو شهدا عليها بقبض المهر أو بعضه ثم رجعا) **ضمنا** لها لإتلافهما المهر (وضمنا فى البيع والشراء ما نقص عن قيمة المبيع

دعواه بمهر مثلها أو أكثر ، وعلم حكمه فإنه إذا لم يثبت لها شيء مع شهادتهما بالأقل فبالمساواة والأكثر كان كذلك بالأولى فلا خلل فى عبارة المتن والشرح (قوله على المعتمد) ذكره فى الهداية وشروحها ، خلافالما فى المنظومة النسفية وشرحها ، وتبعهما صاحب المجمع ، حيث ذكروا أنهما يضمنان مانقص عندهما خلافا لأبى يوسف

قال فى الفتح : وما فى الهداية وشروحها هو المعروف ، ولم ينقلوا سواه وهو المذكور فى الأصول كالمبسوط وشرح الطحاوى والذخيرة وغيرها ، وإنما نقلوا فيها خلاف الشافعى ، فلو كان لهم شعور بالخلاف فى المذهب لم يعرضوا عنه بالكلية ، ولم يشتغلوا بنقل خلاف الشافعى اهـ .

قال الرملى : وفى المصفى لو أثبتوا نكاحها فأوكسوا لم يضمنوا إن رجعوا ما بخسوا .

وصورته : ادعى نكاح امرأة على مائة وقالت : تزوجنى على ألف ومهر مثلها ألف ، وأقام شاهدين على مائة وقضى بها ثم رجعا بعد الدخول بها لايضمنان شيئا لها وقالا : يضمنان لها تسعمائة على أن عندهما القول قولها إلى تمام مهر مثلها ، فكان يقضى لها بألف لولا شهادتهما فما أتلفا عليها تسعمائة وعنده القول قول الزوج ، فلم يتلفا عليها شيئا اهـ . ومثله فى الحقائق شرح المنظومة .

قال فى التتارخانية : شهدا على امرأة أن فلانا تزوجها على ألف درهم ، وقبضت ذلك وهى تنكر ومهر مثلها خمسمائة فقضى القاضى بذلك ثم رجعا عن شهادتهما ضمنا مهر المثل دون المسمى ، ولو وقعت الشهادة بالعقد بالألف أولا فقضى القاضى به ثم شهدا بقبض الألف وقضى القاضى به ثم رجعا عن الشهادتين ضمنا للمرأة المسمى (قوله لتعذر المماثلة بين البضع والمال) قال فى الفتح : وذكروا وجهه بأن البضع متقوم لثبوت تقومه حال الدخول ، فكذا فى غيره ، لأنه فى حال الخروج عين ذلك الذى ثبت تقومه . وأجابوا بحاصل توجيه المصنف بأن تقومه حال الدخول ليس إلا لإظهار خطره حيث كان منه النسل المطلوب فى الدنيا والآخرة وغير ذلك من النفع كما شرطت الشهادة على العقد عليه دون سائر العقود لذلك لا لاعتباره متقوما فى نفسه كالأعيان المالية لأنه لايرد الملك على رقبته والمنافع لا تتقوم ، فلا يضمن لأن التضمين يستدعى المماثلة بالنص والمماثلة بين الأعيان التى تحرز وتتمول والأعراض التى تتصور ولا تبقى . وفرع فى النهاية على الأصل المذكور خلافته هى ما إذا شهدوا بالطلاق الثلاث ثم رجعوا بعد القضاء بالفرقة لم يضمنوا عندنا وكذا إذا قتل رجل امرأة رجل لايضمن القاتل لزوجها شيئا وكذا إذا لو ارتدت المرأة لاشيء عليها لزوجها ، وعنده عليها وعلى القاتل للزوج مهر المثل ، وأورد على قولنا نقضا أنهم أوجبوا الضمان بإتلاف منافع البضع حقيقة فيما إذا أكره مجنون امرأة فزنى بها يجب فى ماله مهر المثل فكذا فى الإتلاف الحكمى . وأجاب نقلا من الذخيرة بأنه فى الإتلاف الحقيقى بالشرع على خلاف القياس والحكمى دونه فلا يكون الوارد فيه واردا فى الحكمى ، ونظيره مافى شرح الطحاوى : لو ادعى أنه استأجر الدار من هذا شهرا بعشرة ، وأجرة مثلها مائة والمؤجر ينكر فشهدا بذلك ثم رجعا لاضمان عليهما لأنه أتلف المنفعة ومتلف المنفعة لاضمان عليه اهـ (قوله ثم رجعا) أى بعد القضاء ضمنا لها لأنهما أتلفا عليها مالا وهو المهر قليلا كان أو كثيرا دون البضع منح (قوله وضمنا فى البيع والشراء مانقص عن قيمة المبيع) أما لو شهدا بمثل القيمة أو أكثر فلا ضمان ، لأنه إتلاف بعوض وإن شهدا به بأقل من قيمته ضمنا النقصان ، لأنه بغير عوض أطلقه فشمل ما إذا شهدا به باتا أو بخيار شرط

لو الشهادة على البائع (أو زاد) لو الشهادة على المشترى للإتلاف بلا عوض ولو شهدا بالبيع وبنقد الثمن فلو فى شهادة واحدة

للبائع ومضت المدة لإسناد الحكم عند سقوطه إلى السبب السابق: وهو البيع بدليل استحقاق المشترى الزوائد، وأما إذا رد البائع البيع فلا إتلاف، أو أجازه اختيارا بقول أو فعل فللرضا به قيد الشهادة بالبيع: أى فقط لأنهما لو شهدا به مع قبض الثمن فإن شهدا بهما متفرقين، ثم رجعا عن شهادتهما فإنهما يضمنان الثمن، لأن الثمن تقرر فى ذمة المشترى بالقضاء ثم أتلفاه عليه بشهادتهما بالقبض فيضمنانه، وإن كان الثمن أقل من قيمة المبيع يضمنان الزيادة أيضا مع ذلك لأنهما أتلفا عليه هذا المقدار بشهادتهما الأولى.

فإن قلت: حيث ضمنا الزيادة أيضا فما الفرق بين هذه وبين الثانية فإنه يئول إلى تضمين القيمة.

قلت: يظهر فيما إذا كان الثمن أكثر من القيمة فيضمنه هنا وفى الثانية: لا يضمن إلا بالقيمة تأمل وإن شهدا عليه بالبيع وقبض الثمن جملة واحدة وجبت القيمة عليهما لأن القاضى يقضى بالبيع لا بوجوب الثمن لأن القضاء بالثمن يقارنه مايوجب سقوطه أى الثمن، وهو القضاء بالقبض والقضاء بالشىء إذا اقترن به مايوجب بطلانه لايقضى به كما لو شهدا بالبيع والإقالة معا فلا ضمان كما يأتى توضيحه قريبا (قوله لو الشهادة على البائع) بأن ادعى المشترى بأن يقول اشتريت هذا العبد من هذا الرجل بألف. وهو يساوى ألفين فأنكر المدعى عليه فشهد شاهدان ثم رجعا يضمنان للبائع ألفا لأنهما أتلفاه عليه درر (قوله أو زاد او الشهادة على المشترى) بأن يقول البائع: أن المشترى اشترى منى هذا العبد بألفين وعليه الثمن. وأنكر المشترى فشهد شاهدان أنه اشترى العبد بألفين. وهو يساوى ألفا ثم رجعا يضمنان للمشترى ألفا لأنهما أتلفاه عليه درر. وباقى تفصيل هاتين المسألتين فى المبسوط والكافى ولا حاجة لإيراد هذه المسألة وإن لم تدخل فى الأول لأنها داخلة فى مسألة الدين لما أن مقصود البائع من دعوى البيع توطئته إلى دعوى الثمن. وهو الدين وهو مطلوبه لا نفس المبيع؛ بخلاف ما إذا كانت الدعوى من جانب المشترى. فإن مطلوبه عين المبيع أصالة دون الثمن. فتكون شهادتهما متعلقة بالبيع قصد إلا بالدين فظهر أن تدقيق صدر الشريعة وإن تبعه المصنف. وصاحب الدرر دقيق لمن لم يتأمل نص عليه صاحب المفاتيح وقدمناه قريبا فلا تغفل.

قال فى البحر: وشمل قوله: أو زاد ما إذا كان المشهود عليه المشترى. فلا ضمان لو شهدا بشرائه بمثل القيمة أو أقل. وإن كان بأكثر ضمنا مازاد عليها، ولو كان بخيار له وجاز البيع بمضى المدة. وأما إذا فسخه وأجازه اختيارا فلا كما فى البدائع.

وفى خزانة المفتين: وإن شهدا على البائع بالبيع بألفين إلى سنة وقيمته ألف فإن شاء ضمن الشهود قيمته حالا، وإن شاء أخذ المشترى بالثمن إلى سنة وأيا ما اختار برىء الآخر وإن اختار الشهود رجعوا بالثمن على المشترى ويتصدقون بالفضل فإن رد المشترى المبيع بعيب بالرضا أو تقايلا رجع على البائع بالثمن. ولا شىء على الشهود وإن رد بقضاء فالضمان على الشهود بحاله. وإن أديا رجعا بما أديا انتهى. وفى منية المفتين شهدا بالبيع بخمسمائة وقضى القاضى، ثم شهدا أن البائع أخر الثمن ثم رجعا عن الشهادتين جميعا ضمنا الثمن خمسمائة عند الإمام كما لو شهدا بأجل دين ثم رجعا ضمنا انتهى (قوله للإتلاف بلا عوض) علة للمسألتين (قوله ولو شهدا بالبيع وبنقد الثمن) قدمنا قريبا الكلام على الشهادة على البيع مع قبض متفرقا أو جملة فلا تنسه. ولا يظهر تفاوت بين المسألتين فى الحكم بالضمان. لأنه فيهما يضمن القيمة لأنه فى الأولى إن كان الثمن مثل القيمة فيها. وإن كان أقل منها يضمنان الزيادة أيضا. وقد يقال: إن الفرق ظاهر فيما إذا كان الثمن أكثر من القيمة فى الصورة الأولى

ضمنا القيمة ولو فى شهادتين ضمنا الثمن عينى (ولو شهدا على البائع بالبيع بألفين إلى سنة وقيمته ألف فإن شاء ضمن الشهود قيمته حالا ، وإن شاء أخذ المشترى إلى سنة وأيا ما اختار برىء الآخر) وتمامه فى خزانة المفتين وفى الطلاق قبل وطء وخلوة ضمنا نصف المال المسمى (أو المتعة) إن لم يسم .

فإنهما يضمنانه فلغا قولنا.لأنه فيهما يضمن القيمة تأمل (قوله ضمنا القيمة) لأن المقضى به البيع دون الثمن . لأنه لايمكن القضاء بإيجاب الثمن لاقترانه بما يوجب سقوطه ، وهو القضاء بالإيفاء ولذا قلنا : لو شهدا أنه باع من هذا عبده وأقاله بشهادة واحدة لايقضى بالبيع لمقارنة مايوجب انفساخه وهو القضاء بالإقالة فتح (قوله ولو فى شهادتين) أى شهدا بالبيع وبثمن معلوم ثم طلب البائع الثمن ، ثم شهدا عليه بأنه قبض الثمن ثم رجعا يضمنان الثمن صرفا للرجوع إلى الأخير كما ظهر لى سائحانى (قوله ضمن الثمن) لأن القضاء بالثمن لايقارنه مايسقطه ، لأنهما لم يشهدا بالإيفاء ، بل شهدا به بعد ذلك ، وإذا صار الثمن مقضيا به ضمناه برجوعهما فتح وهذا إذا كان بمثل القيمة أو أزيد والمدعى هو المشترى ، فلو أنقص يضمنان مانقص أيضا لأنهما أتلفا عليه هذا القدر بشهادتهما الأولى فإن كان المدعى هو البائع ضمنا الزيادة كما يفهم من الرمز والتبيين (قوله عينى) عبارته وإن شهدا بنقد الثمن مع شهادتهما بالبيع ينظر فإن شهدا بالبيع بألف مثلا فقضى به القاضى ، ثم شهدا عليه بعد القضاء بقبض الثمن فقضى به ثم رجعا عن الشهادتين ضمنا الثمن . وإن كان أقل من قيمة المبيع يضمنان الزيادة أيضا مع ذلك وإن شهدا عليه بالبيع وقبض الثمن جملة واحدة فقضى به ، ثم رجعا عن شهادتهما يجب عليهما القيمة فقط اهـ (قوله فإن شاء ضمن الشهود قيمته حالا) وهى ألف ويرجعون بألفين على المشترى ويتصدقون بالفضل ط (قوله وإن شاء أخذ المشترى) أى بألفين (قوله برىء الآخر) أى من مؤاخذته فقط وإلا فالشهود يرجعون على المشترى بالثمن إذا ضمنوا القيمة حالا (قوله وتمامه فى خزانة المفتين) عبارتها كما فى المنح : فإن اختار الشهود رجعوا بالثمن على المشترى ، ويتصدقون بالفضل : فإن رد المشترى المبيع بعيب بالرضا أو تقايلا رجع على البائع بالثمن ولا شىء على الشهود ، وإن رد بقضاء فالضمان على الشهود بحاله . وإن أديا رجعا بما أديا اهـ : أى إن كان بعد مضى الأجل ودفع الثمن ويسقط عنه الثمن إن كان قبل ذلك ، ولا شىء على الشهود لوصول المال إلى مالكه ، مع أنه فى هذه الصورة بيع جديد فى حق ثالث ، والشهود ثالث فهما أجنبيان عن هذه المقايلة ، وإنما شهادتهما فى أصل البيع وإن رد بقضاء فالضمان على الشهود ، لأنه حينئذ فسخ فى حق الكل ، ولكن ينظر ما الذى يضمنانه بعد أن وصل المبيع إلى المشهود عليه (قوله وفى الطلاق قبل وطء وخلوة) أى إن شهدا على رجل أنه طلق امرأته قبل الوطء والخلوة (قوله ضمنا نصف المال المسمى أو المتعة إن لم يسم) لأنهما قد يفترقان قبل الدخول بنحو مطاوعتها لابن الزوج ، أو ارتدادها وذلك بمنزلة الفسخ فيوجب سقوط المهر أصلا فقررا عليه ما كان على شرف السقوط ، ولأن الفرقة قبل الدخول فى معنى الفسخ فتوجب سقوط جميع المهر كما مر فى النكاح ، ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة ، فكان واجبا بشهادتهما كذا فى الهداية .

قال فى البحر : والتعليل الأول للمتقدمين والثانى للمتأخرين وقالوا : لانسلم التأكيد بشهادتهم بل وجب متأكدا بالعقد ، ولم يبق بعده إلا الوطء الذى بمنزلة القبض ، وهذا العقد لايتعلق تمامه بالقبض ولئن سلمنا التأكيد ، فلا نسلم أن التأكيد الواجب سبب للضمان فإن الشهود لو شهدوا على الواهب بأخذ العوض ، حتى قضى القاضى بإبطال حق الرجوع ، ثم رجعا وقد هلكت الهبة لم يضمنوا للواهب شيئا كذا فى الأسرار ، فلما كان قول المتأخرين أقرب إلى التحقيق اختاره فخر الإسلام كذا فى التقرير شرح أصول فخر الإسلام .

(ولو شهدا أنه طلقها ثلاثا وآخران أنه طلقها واحدة قبل الدخول ثم رجعوا فضمان نصف المهر على شهود الثلاث لا غير) للحرمة الغليظة (ولو بعد وطء أو خلوة فلا ضمان) ولو شهدا بالطلاق قبل الدخول وآخران بالدخول ثم رجعوا ضمن شهود الدخول ثلاثة أرباع المهر وشهود الطلاق ربعه

وفى العتابية : لو أقر الزوج بالطلاق بعد التضمين أو السيد بالإعتاق رد الضمان عليهم .
وفى المحيط : شهد رجلان وامرأتان بالطلاق قبل الدخول ثم رجع رجل وامرأة فعليهما ثمن المهر أثلاثا ثلثاه على الرجل ، وثلثه على المرأة . ولو شهد رجلان بالطلاق ورجلان بالدخول ، ثم رجع شاهدا الطلاق لاضمان عليهما لأنهما أوجبا نصف المهر ، وقد بقى من يثبت بشهادته جميع المهر ، وهو شاهد الدخول وإن رجع شاهدا الدخول لاغير يجب عليهما نصف المهر ، لأنه ثبت بشهادة شهود الطلاق نصف المهر وتلف بشهادة شاهدى الدخول نصف المهر ، وإن رجع من كل طائفة واحد لايجب على شاهدى الطلاق شىء ويجب على شاهدى الدخول الرابع اه وإنما قيد بالمتعة فيما إذا لم يسم لأنها الواجبة وقد أتلفاها .
وفى المحيط : تزوجها بلا مهر وطلقها قبل الدخول فشهدا أنه صالحها من المتعة على عبد ، وقبضته وهى تنكر ثم رجعا لايضمنان العبد ، بل المتعة وإن كان مهر مثلها عشرة ضمنا لها خمسة دراهم ، لأن القاضى لم يقض لها بالعبد لكونه مقبوضا ، فقد أتلفا بشهادتهما على المرأة المتعة لا العبد ، بخلاف مالو شهدا أنه صالحها عنها بعبده ، وقضى لها به ثم شهدا بقبضه ثم رجعا ضمنا قيمة العبد لوقوع القضاء بالعبد اه وأطلق فى ضمانها فشمل مابعد موت الزوج لما فى المحيط : شهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا بعد موت الزوج ضمنوا للورثة نصف المهر ، لأنهم قائمون مقام المورث ، ولا ميراث للمرأة ادعت الطلاق أولا أقرت الورثة أنه طلقها أولا . وهذا قول أبى حنيفة وقالا : ترث ولا يضمن الشاهدان ميراثها بناء على أن قضاء القاضى بالطلاق بشهادة الزور ينفذ ظاهرا وباطنا عنده خلافا لهما ، ولو شهد بذلك بعد موت الزوج وادعى ذلك الورثة فقضى لها بنصف المهر ثم رجعا ضمنا للمرأة نصف المهر والميراث اه (قوله قبل الدخول) قيد فى الشهادتين ح (قوله لاغير) لأنه لم يقض بشهادة شهود الواحدة لأنه لايفيد ، لأن حكم الواحدة حرمة خفيفة وحرمة الثلاث حرمة غليظة (قوله للحرمة الغليظة) أى للقضاء بها (قوله ولو بعد وطء أو خلوة فلا ضمان) أى على أحد لتأكيد المهر بالدخول ، فلم يقررا عليه ما كان على شرف السقوط ح . ولأنه لاتقوم للبضع حالة الخروج ذكره الكمال ، ونقل عن التحفة أنهما يضمنان مازاد على مهر المثل لأن الإتلاف بقدر مهر المثل إتلاف بعوض ، وهو منافع البضع التى استوفاها اه .
قال فى البحر : ومما يناسب هذا النوع مسألتان الشهادة بالخلع والنفقة . أما الأولى ففى المحيط : شهدا على امرأة أنها اختلعت من زوجها قبل الدخول أو بعده على أنها أبرأته من المهر ، وهى تجحد ثم رجعا ضمنا لها نصف المهر فى الصورة الأولى ، لأنهما أوجبا عليها ذلك بغير عوض ، ولو كان دخل بها يضمنان كل المهر اه .
وأما النفقة ففى المحيط : فرض القاضى لها النفقة أو المتعة ثم شهدا بالاستيفاء ، وقضى ثم رجعا ضمنا للمرأة وكذلك نفقة الأقارب قيل فى نفقة الأقارب سهو ، لأنها لاتصير دينا بقضاء فما أتلفا شيئا ، وقيل إنها مؤولة وتأويلها أن القاضى قضى له وأمره بالاستدانة عليه ، حتى يرجع بما استدانه على المقضى عليه بالنفقة ؛ وقد استدان وصار دينا له على المقضى عليه ، فقد شهدا عليه باستيفاء دين مستحق له على المقضى عليه فضمنا بالرجوع اه (قوله ضمن شهود الدخول ثلاثة أرباع المهر وشهود الطلاق ربعه) أى لأن شهود الدخول أتلفوا الكل

اختيار .

(ولو شهدا بعتق فرجعا ضمنا القيمة) لمولاه (مطلقا) ولو معسرين لأنه ضمان إتلاف (والولاء للمعتق) لعدم تحول العتق إليهما بالضمان فلا يتحول الولاء هداية

والآخران النصف فتلف النصف ، يقول : شاركني فيه متلف الكل فانقسم فأصاب متلف النصف نصف النصف وهو ربع ، وأصاب متلف الكل الربع زيادة على ما تفرد بإتلافه ، وهو النصف فلذا غرم ثلاثة أرباع ، ولو رجع شاهدا الطلاق فقط لاضمان عليهما لأن الحجة بإيجاب الكل لم ترجع ، ولو رجع شاهدا الدخول فقط ضمنا نصف المهر ، لأنه غاية مايزداد به الدخول على عدمه ، ولو رجع من كل طائفة واحد لايجب على شاهد الطلاق شيء لأن متلف الكل باق مع رفيقه فكان النصاب باقيا ، ويضمن شاهد الدخول الراجع الربع لأن رفيقه شاهد بالنصف ورفيق الشاهد بالطلاق شاهد بالربع ، وهما لم يرجعا فكان المتلف الربع فقط فيضمنه سائحاني (قوله اختيار) علله بأن الفريقين اتفقا على النصف فيكون على كل فريق ربعه وانفرد شهود الدخول بالنصف ، فينفردون بضمانه اه فتال (قوله ولو شهد بعتق) أطلقه فانصرف إلى العتق بلا مال ، فلو شهدا أنه أعتق عبده على خمسمائة ، وقيمته ألف فقضى ، ثم رجعا إن شاء ضمن الشاهدين الألف ورجعا على العبد بخمسمائة ، وولاء العبد للمولى كذا فى المحيط .

وفى البزازية : شهدا على رجل بإعتاق عبده وأربعة أخر أنه زنى وهو محصن فحكم بالعتق والرجم ورجم ، ثم رجعوا فالقيمة على شهود العتق للمولى والدية على شهود الزنا للمولى أيضا إن لم يكن له وارث آخر والمولى إن كان جاحدا للعتق يمنع أخذ الدية لكن زعمه باطل بالحكم ، وصار كالمعدوم ووجوب القيمة بدل المالية ووجوب الدية بدل النفس ثم الدية للمقتول حتى تقضى بها ديونه فلا يلزم بدلان عن مبدل واحد اه بحر (قوله لأنه ضمان إتلاف) أى إتلاف مالية الملك ، وهو العبد من غير عوض ، لأنهما بشهادتهما أتلفا ملك صاحب العبد ، فيجب عليهما الضمان مطلقا : أى سواء كانا موسرين أو معسرين بخلاف من أعتق نصيبه من عبد مشترك فإنه لم يتلف إلا ملك نفسه ولزم منه فساد ملك صاحبه فضمنه الشارع صلة ومواساة له فاختص باليسر (قوله والولاء للمعتق) لأن العتق لايتحول إليهما بالضمان ، وهو لايصلح عوضا لأنهما إنما ضمناه بعد عتقه وإتلاف ماليته وعدم قبوله للتملك والعتق وقع على مالكه فى ملكه فكان ولاؤه له (قوله فلا يتحول الولاء) أى إليهما بالضمان ، لأن العتق لايحتمل الفسخ ، فلا يتحول بالضرورة إذ الولاء لمن أعتق .

قال فى البحر : ولو شهدا أنه أعتق عبده عام أول فى رمضان ، وقضى القاضى بعتقه ، ثم رجعا ضمنا قيمة العبد يوم أعتقه القاضى وحكم حدوده وجزاء جنايته فيما بين رمضان إلى أن أعتقه القاضى حكم الحر ، لأن القاضى أثبت حريته من رمضان بالبينة . والثابت بالبينة العادلة كالثابت بالمعاينة ، وفى حق إيجاب الضمان يعتبر حرا يوم القضاء ، لأن التلف حصل يوم القضاء ، لأن المنع والحيلولة بين المولى وعبده حصل يوم القضاء ، ولو شهدا أنه طلق امرأته عام أول فى رمضان قبل الدخول ، وقضى به وألزمه نصف المهر ، ثم رجعا وضمنا ثم شهد آخران أنه طلقها عام أول فى شوال قبل الدخول بها لم تقبل ، ولا يقع الأولان ، لأنها صارت مبانة بالطلاق الأول قبل الدخول ، فلا يتصور تطليقها بعد ذلك فكانت الشهادة الأخيرة باطلة ، وبقى الضمان على الفريق الأول بحاله ؛ ولو أقر الزوج بذلك يرد على الشاهدين ماضمنا ، وكذا إقرار المولى بالعتق قيل : هذا عند أبى يوسف ومحمد خلافا لأبى حنيفة بناء على نفاذ القضاء باطنا فمتى نفذ القضاء فى رمضان باطنا عنده

(وفى التدبير ضمنا مانقصه) وهو ثلث قيمته ولومات المولى عتق من الثلث ولزمهما بقية قيمته وتمامه فى البحر (وفى الكتابة يضمنان قيمته) كلها

لم يصح إقراره بالطلاق والعتاق فى شوّال من هذا العام ، فبقى التلف مضافا إلى شهادتهما لا إلى إقراره ، وعندهما لما لم ينفذ القضاء باطنا بقى النكاح والرق إلى شوّال باطنا فصح إقراره فى شوّال ، وكان التلف مضافا إلى إقراره لا إلى الشهادة كذا فى المحيط .

ثم قال : ولو شهدا بالتدبير ، وآخران بالعتق فرجعوا فالضمان على شهود العتق ، لأن القضاء بالتدبير مع العتق لايفيد لأن حكم التدبير بقاء الرق إلى وقت الموت ، ولا يبقى الرق مع العتق البات ، فلا يقضى بالتدبير فإن قضى بشهادة التدبير ، ثم شهد آخران بالعتق البات فقضى به ثم رجعوا ضمن شهود التدبير مانقصه التدبير ، وشهود العتق قيمته مدبرا ، لأن القضاء بالتدبير يفيد حكمه ، لأنه ليس حالة القضاء بالتدبير شهادة قائمة بالعتق ، فأمكن القضاء بالتدبير وشاهدا العتق أزالا المدبر عن ملكه بغير عوض ، فيضمنان قيمته مدبرا اه .

وفى العتابية : ولو شهد واحد بإقراره بالعتق أمس ، وآخر بإقراره بالعتق من سنة وقضى به ثم أقام الشاهدان بينة على إعتاقه من سنين برئا عن الضمان ، وهذا قولها لأن عندهما الدعوى ليست بشرط اه يعنى ثم رجعا بعد القضاء ثم برهنا اه (قوله وفى التدبير ضمنا مانقصه) وهو مابين قيمته مدبرا وغير مدبر فتح ، لأنه بالتدبير فات بعض المنافع ، لأنه لايخرجه من ملكه بنحو بيع (قوله وهو ثلث قيمته) قال فى البحر : وقدمنا أن الفتوى أن قيمته مدبر نصف قيمته لو كان قنا اه فعليه يكون اللازم نصف القيمة لأنه الفائت بالتدبير (قوله ولزمهما بقية قيمته) فإن لم يكن له مال غير العبد عتق ثلثه ، وسعى فى ثلثيه وضمن الشاهدان ثلث القيمة بغير عوض ، ولم يرجعا به على العبد فإن عجز العبد عن الثلثين يرجع به الورثة على الشاهدين ويرجع به الشاهد على العبد عندهما بحر . ويأتى تمام عبارته فى المقولة الآتية (قوله وتمامه فى البحر) حيث قال فيه فنى المحيط : لو شهدا أنه دبر عبده فقضى ، ثم رجعا ضمنا مانقصه التدبير فإنه بالتدبير فات بعض المنافع من حيث التجارة بالإخراج عن ملكه فانتقص ملكه فضمنا نقصانه بتفويتهما ، وإن مات المولى والعبد يخرج من ثلثه عتق ، وضمن الشاهدان قيمته مدبرا لأنهما أزالا الباقى عن ملك الورثة بغير عوض ، فإن لم يكن له مال غير العبد عتق ثلثه ، وسعى فى ثلثيه ، وضمن الشاهدان ثلث القيمة بغير عوض ، ولم يرجعا به على العبد فإن عجزا العبد عن الثلثين يرجع به الورثة على الشاهدين ويرجع به الشاهد على العبد عندهما اه .

وبه علم أن ماذكره الشارح الزيلعى : من أن العبد إذا كان معسرا فإنهما يضمنان جميع قيمته مدبرا ويرجعان به عليه إذا أيسر سهو لما علمت أنه إنما يرجعان عليه بالثلثين وهو مصرح به فى المبسوط ، وصرح فيه بأنهما يضمنان ثلث قيمته مدبرا ، وعليه يحمل مافى المحيط وقدمنا أن الفتوى أن قيمته مدبرا نصف قيمته لو كان قنا انتهت عبارة البحر (قوله وفى الكتابة يضمنان قيمته) قال فى البحر معزيا للمحيط : شهدا أنه كاتب عبده على ألف إلى سنة فقضى ثم رجعا يضمنان قيمته ، ولا يعتق حتى يؤدى ماعليه إليهما فإذا أداه عتق والولاء للذى كاتبه ، فإن عجز فرد فى الرق كان لمولاه أن يرد ما أخذه على الشهود اه وبه علم أن مافى فتح القدير من أن الولاء للذين شهدوا عليه بالكتابة سهو والصواب أن يبدل قوله : للذين شهدوا عليه بقوله : للذى شهدوا عليه اه . وإنما ضمنا بالكتابة دون التدبير لأنهما بها حالا بين المولى وبين مالية العبد بشهادتهما ،

وإن شاء اتبع المكاتب (ولا يعتق حتى يؤدى ما عليه إليهما) وتصدقا بالفضل والولاء لمولاه ولو عجز عاد لمولاه ورد قيمته على الشهود (وفى الاستيلاد يضمنان نقصان قيمتها) بأن تقوّم قنة وأم ولد لو جاز بيعها

فكانا غاصبين فيضمنان قيمته بخلاف التدبير ، فإنه لا يحول بل تنقص ماليته فتح (قوله وإن شاء) أى المولى اتبع المكاتب ، ولا يضمن الشهود وكان الأولى تأخير هذه الجملة لئلا يفصل بين المعطوف والمعطوف عليه (قوله وتصدقا بالفضل) أى إن كان بدل الكتابة أكثر لأنه إن كان بدل الكتابة مثل قيمته أو أقل يطيب لهما ما أخذا من المكاتب وإن كان أكثر تصدقا بالفضل ذكره الزيلعى .

وفى البحر عن المحيط : شهدا أنه كاتب عبده على ألف إلى سنة وقيمته خمسمائة ، ثم رجعا يخير المولى بين تضمين الشاهدين ، وبين اتباع العبد بالكتابة إلى أجله فإن اختار المولى ضمان الشاهدين ، وقبض منهما القيمة لم يعتق المكاتب ، حتى يؤدى ألفا إلى الشاهدين ويتصدقان بالفضل ، وعند أبى يوسف يطيب له فإن تقاضى المولى المكاتب ، وهو يعلم برجوع الشاهدين أو لا يعلم فهو رضا بالكتابة ، ولا يضمنان إلا إذا كانت المكاتبة أقل من القيمة فله أن يأخذ المكاتبة ، ويرجع عليهما بفضل القيمة ، ولم يذكر الشارحون ما إذا شهدا على المكاتب ، ثم رجعا .

وفى المحيط : ادعى العبد أن مولاه كاتبه على ألف ، وأنه قيمته ، وقال المولى : كاتبته على ألفين وأقام البينة وقضى وأداها ثم رجعوا ضمنوا ألف درهم للمكاتب فإن أنكر المكاتب الكتابة وادعاها المولى على ألفين لم تقبل بينته عليه ويقال للمكاتب إن شئت فامض عليها أو دع اه (قوله والولاء لمولاه) لأنه لا يمكن أن يتملكاه بالضمان لثبوت كتابته (قوله وفى الاستيلاد) أى لو شهدا أنه أقر أن أمته ولدت منه والمولى ينكر ذلك فقضى به ثم رجعا فإن لم يكن معها ولد فرجعا فى حياته ضمنا نقصان قيمتها بأن تقوّم قنة ، وأم ولد لو جاز بيعها فيضمنان النقصان ، فإن مات المولى عتقت وضمنا بقية قيمتها للورثة ، فإن كان معها ولد فرجعا فى حياته ضمنا قيمة الولد مع ضمان نقصانها ، فإن مات المولى بعده : فإن لم يكن مع الولد شريك فى الميراث لم يضمنا له شيئا ورجعا على الولد بما قبض الأب منهما من تركته إن كانت وإلا فلا ضمان عليه ، وإن كان معه أخ ضمنا له نصف البقية من قيمتها ، ويرجعان على الولد بما أخذ الأب منهما لا بما قبض الأخ ، ولا يضمنان للأخ ما أخذه الولد من الميراث فإن رجعا بعد وفاة المولى ، فإن لم يكن مع الولد شريك فلا ضمان عليهما وإلا ضمنا للأخ نصف البقية من قيمتها ونصف قيمة الولد لا ميراثه ، ولا يرجعان على الولد هنا ، وإن كانت الشهادة بعد موت المولى بأن ترك ولدا وعبدا وأمة وتركة فشهدا إن هذا العبد ولدته هذه الأمة من الميت وصدقهما الولد والأمة لا الإبن وقضى ثم رجعا ضمنا قيمة العبد والأمة ونصف الميراث اه .

قال الرملى : وإنما رجعا على الولد بما قبض الأب منهما الخ لاعتراف الولد باشتغال التركة بما أخذ والده منهما لأنه يزعم أنه أخذ ما أخذه منهما ظلما فرجعا فى التركة فتأمل . وقوله : وإن كانت الشهادة بعد موت المولى الخ يؤخذ من هذه المسألة أنهما لو شهدا بأنه من مستحقى هذا الوقف فقضى القاضى به بشهادتهما ثم رجعا لا يضمنان شيئا للمشهود عليهم من الغلة فيما يستقبل بشهادتهما لأنهما لم يتلفاها عليهم لعدم وجودها وقتئذ ، حتى لو كان شىء من الغلة موجودا وقت الشهادة وحكم به يضمنان بالرجوع ما أخذه المشهود له أو استهلك المشهود عليهم غلة السنين الماضية وحكم عليهم له بها فكذلك يضمنانها لأنهما أتلفاه على المشهود عليهم بشهادتهما كمسألة الشهادة بعد موت المولى هنا ولم أر من صرح بذلك . وقد سألت عنه فاستخرجت الجواب من مسألة

فيضمنان ما بينهما (فإن مات المولى عتقت وضمنا) بقية (قيمتها) أمة (للورثة) وتمامه فى العينى (وفى القصاص الدية) فى مال الشاهدين

البدائع المذكورة فتأمل ذلك الخ (قوله فيضمنان مابينهما) فيه أنه تقدم فى باب الاستيلاد وعتق المبعض أن قيمة أم الولد ثلث قيمتها قنة فيضمنان ثلث قيمتها (قوله وتمامه فى العينى) عبارته وإن رجعا والمولى ميت ضمنا جميع قيمتها للورثة وإن كان معها ولد ضمنا قيمتها وقيمة الولد كلها وما أخذ الولد بالإرث اه وإن شهدا أنه أقر أن أمته ولدت منه والمولى ينكر فقضى به ثم رجعا فإن لم يكن معها ولد والمولى حى يضمنان له نقصان قيمتها فإذا مات المولى يضمنان للورثة باقى قيمتها ، وإن رجعا والمولى ميت ضمنا جميع قيمتها للورثه ، وإن كان معها ولد والمولى حى ضمنا نقصان قيمتها وقيمة جميع الولد فإذا مات المولى إن لم يكن مع الولد شريك فى الميراث لايضمنان له شيئا ويرجعان على الولد بما قبضه الأب منهما إن كان له تركة وإلا فلا شئ على الإبن ، وإن كان معه شريك فإنهما يضمنان لشريكه نصيبه من قيمة الولد من باقى قيمة الأم ويرجعان على الولد بما قبضه الأب منهما إن ترك مالا ، ولا يرجعان بما أخذه منهما شريكه ، ولا يضمنان لشريكه ما أخذه الإبن من الإرث وإن رجعا بعد وفاة المولى فإن شهدا بعد وفاته ، والمسألة بحالها فقضى به ، ثم رجعا فإن لم يكن معها ولد ضمنا جميع قيمتها للورثة وإن كان معها ولد ضمنا قيمتها وقيمة الولد كلها وما أخذه الولد بالإرث اه ح (قوله وفى القصاص الدية الخ) أى إذا شهد بأن فلانا قتل فلانا عمدا فقضى القاضى بالقتل فقتل ثم رجعا كان عليهما الدية لا القصاص ، لأن القتل منهما ليس مباشرة ولا تسببا ، لأن السبب مايفضى إليه غالبا ولا يفضى بالشهادة هنا لأن العفو مندوب إليه .

قال فى البحر : وشمل ما إذا شهدوا به فى النفس أو مادونه وما إذا رجع الولى معهما أو لم يرجع لكن إن رجع معهما خير الولى بين تضمين الولى الدية أو الشاهدين كما لو جاء المشهود بقتله حيا وأيهما ضمن لايرجع على صاحبه عنده ، وعندهما له الرجوع عليه ، لأنهما عاملان له واتفقوا على رجوعهما عليه فى الخطأ أشار بقيد القصاص ، لأنهما لو شهدا بالعفو عن القصاص ، ثم رجعا لم يضمنا فى ظاهر الرواية ، لأن القصاص ليس بمال ألا ترى أن ولى القصاص او مريضا فعفا ثم مات من مرضه ذلك لايعتبر من الثلث ، ولو كان مالا لاعتبر منه وعن أبى يوسف يضمنان الدية وصاحب المنبع نقل رجحان ظاهر الرواية ولو شهدا أنه صالحه من دم العمد على ألف ثم رجعا لم يضمنا أيهما كان المنكر للصلح ، وقيل : إذا كان القاتل منكرا فالصحيح أنهما يضمنان له الألف والصحيح جواب الكتاب وتمامه فى المحيط . وفيه شهدا أنه صالحه على عشرين ألفا والقاتل يجحد فقضى ثم رجعا ضمنا الفضل على الدية ، وقيل : الصحيح أن يضمنا جميع المال .

قال الطالب : صالحتك على ألف وقال الخصم لا بل على خمسمائة فالقول للمدعى عليه مع يمينه لإنكاره الزيادة فإن برهن الطالب وقضى ثم رجعا ضمنا الخمسمائة الواجبة بشهادتهما وفيه دليل على أن الجواب فى المسألة الأولى سهو حيث أجابوا بعدم الضمان .

شهدا على العفو عن دم فيه مال أو جرح عمد فيه مال ثم رجعا ضمنا الدية وأرش الجراحة فى ثلاث سنين أو سنة انتهى .

وفى البدائع شهدا بالقتل خطأ ثم رجعا ضمنا الدية فى مالهما وكذا لو شهدا بقطع يد خطأ ضمنا نصفها وكذا إذا شهدا بسرقته فقطع ثم رجعا انتهى مع زيادة (قوله فى مال الشاهدين) أى لا على عاقلتهما كما قاله فى الفتح ،

وورثاه (ولم يقتصا) لعدم المباشرة ولوشهدا بالعفو لم يضمنا لأن القصاص ليس بمال اختيار (وضمن شهود الفرع برجوعهم) لإضافة التلف إليهم (لاشهود الأصل بقولهم) بعد القضاء (لم نشهد الفروع على شهادتنا أو أشهدناهم وغلطنا)

لأن الشهادة بمنزلة الإقرار والعاقلة لاتعقل الإتلاف بالإقرار كما فى المنبع ، وذكر فى السراجية الدية التى تكون على الشاهدين تكون فى مالهما فى ثلاث سنين ولا كفارة عليهما ولا يحرمان الميراث بأن كانا ولدى المشهود عليه فإنهما يرثانه اه فظهر أن مافى الفتح من أن الدية تكون على عاقلتهما ضعيف بل خلاف الصواب كما أفاده المولى عبدالحليم (قوله وورثاه) أى ورث الشاهدان المشهود عليه لوكانا وارثين له لما تقدم عن السراجية ولما سيأتى فى الجنايات من أن القتل بسبب لايمنع الميراث لعدم قتل المتسبب حقيقة (قوله ولم يقتصا) أى من الشاهدين عندنا وقال الشافعى يقتص منهما لوجود القتل تسببا فأشبه المكره بل أولى لأن الولى يعان على الاستيفاء والمكره يمنع عن القتل ولا يعان عليه لأن الشاهد بمنزلة المكره بكسر الراء والولى بمنزلة المكره بفتح الراء (قوله لعدم المباشرة) بل المباشر اختيار ولى الدم لأن القتل مباشرة لم يوجد . وكذا تسببا لأن السبب مايفضى إليه غالبا ، ولا يفضى لأن العفو مندوب إليه بخلاف المكره ، لأنه يؤثر حياته ظاهرا ولأن الفعل الاختيارى مما يقطع النسبة ثم أقل من الشبهة وهى دارئة للقصاص بخلاف المال لأنه يثبت مع الشبهات (قوله ولو شهدا بالعفو) بأن قالا إن ولى المقتول عفا عن القاتل فحكم القاضى بشهادتهما ثم رجعا لم يضمنا شيئا .

قال فى الهندية : فى الباب الحادى عشر فى المتفرقات : إذا شهد شاهدان على رجل أنه عفا عن دم خطأ أو جراحة خطأ أو عمدا فيها أرش وقضى القاضى بذلك ، ثم رجعا عن شهادتهما ضمنا الدية وأرش تلك الجراحة وتكون الدية عليهما فى ثلاث سنين ، وما بلغ من أرش الجراحة خمسمائة فصاعدا إلى ثلث الدية ففى سنة ومازاد إلى الثلثين ففى سنة أخرى ، وماكان أقل من خمسمائة ضمناه حالا وان كانت الدية وجبت حالا ولم يؤخذ منها شىء وشهد شاهدان أنه أبرأه منها وقضى بالبراءة ثم رجعا ضمنا ذلك حالا كذا فى الحاوى اه (قوله لأن القصاص ليس بمال) فإذا لم يكن مالا يضمن الشهود عندنا كما تقدم (قوله وضمن شهود الفرع برجوعهم) لأن الشهادة فى مجلس القضاء صدرت منهم ، فكان التلف مضافا إليهم وبنى الحكم عليها فكان التلف مضافا إليهم .

وفى المحيط : شهدا على شهادة أربعة وآخرون على شهادة شاهدين ، وقضى ثم رجعوا فعلى شاهدى الأربعة ثلثا الضمان وعلى الآخرين الثلث عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، وقال محمد على الفريقين نصفان ، وأجمعوا على أنه إذا شهد شاهدان على شهادة شاهدين وشهد أربعة على شهادة شاهدين فقضى القاضى به ، ثم رجعوا إن الضمان على الفريقين نصفان هكذا فى المحيط إذا شهد شاهدان على شهادة شاهدين على رجل بألف درهم ، وشهد آخران على شهادة شاهد واحد بذلك الألف بعينه ، وقضى القاضى بالألف بالشهادتين جميعا ، ثم رجع واحد من الفريق الأول وواحد من الفريق الثانى كان عليهما ثلاثة أثمان المال الثمنان على أحد الأولين ، والثمن على أحد الآخرين ، ولو لم يرجع إلا أحد الأولين كان عليه ربع الحق ، ولو رجع الآخران مع أحد الأولين ضمنوا نصف المال يكون نصفه على الراجع من الأولين ونصفه على الآخرين كذا فى الذخيرة ولو شهد كل فريق على شهادة شاهدين ، ورجع واحد من هذا وواحد من ذلك ضمنا ثمنين ونصفا وذكر فى المبسوط النصف ، وعن الكرخى الربع وعن عيسى بن أبان الثلث ، والأصح أن المذكور فى المبسوط جواب القياس والمذكور فى الجامع جواب الاستحسان كذا فى محيط السرخسى (قوله لاشهود الأصل الخ) قال المصنف فى وجهه : لأنهم أنكروا السبب وهو الإشهاد وذلك لايبطل القضاء لأنه خبر يحتمل الصدق والكذب فصار كرجوع الشاهد بعد القضاء لاينقض به الشهادة لهذا بخلاف ما إذا أنكروا الإشهاد قبل القضاء لايقضى بشهادة الفرعين كما إذا رجعوا قبله فتح (قوله أو أشهدناهم وغلطنا)

وكذا لو قالوا رجعنا عنها لعدم إتلافهم ولا الفروع لعدم رجوعهم (ولا اعتبار بقول الفروع) بعد الحكم (كذب الأصول أو غلطوا) فلا ضمان ولو رجع الكل ضمن الفروع فقط (وضمن المزكون

أى فلا ضمان عليهم وهذا قولهما وقال محمد يضمنون لأن الفروع نقلوا شهادة الأصول ، فصار كأنهم حضروا وشهدوا ثم حضروا ورجعوا ولهما أن القضاء لم يقع بشهادتهم ، بل وقع بشهادة الفروع لأن القاضى يقضى بما يعاين من الحجة : وهى شهادتهم ، وهذا الاختلاف مبنى على أن الشهادة على الشهادة إنابة وتوكيل عندهما وعنده تحميل ، وأكثر الشروح صرحوا بأن الفروع نقلوا نيابة هنا . وفى المسألة الآتية ، ومن ذلك رجحوا قولهما على قوله لأنهم لو كانوا نائبين عنهم فى الشهادة لما كان لهم ذلك بعد المنع ، ثم الخلاف فى هذه المسألة فى إنكار الإشهاد وعدم الضمان فيه اتفاق لأنهم لم يرجعوا وإنما أنكروا التحميل كما فى الشروح (قوله وكذا لو قالوا رجعنا) أى فالحكم كذلك عندهم على الإختلاف بالطريق الأولى إذ الغلط يستلزم الرجوع دون العكس كما لا يخفى فقوله غلطنا اتفاق (قوله لعدم إتلافهم) ولأن القضاء وقع بشهادة الفروع لأن القاضى يقضى بما يعاين من الحجة وهى شهادتهم خلافا لمحمد فإنه يقول يضمن الأصول كما لو أدوها بأنفسهم ثم رجعوا (قوله فلا ضمان) لأن ما أمضى من القضاء لا ينتقض بقولهم ، فلا يجب الضمان عليهم لأنهم مارجعوا عن شهادتهم إنما شهدوا عن غيرهم بالرجوع (قوله واو رجع الكل) أى الأصول والفروع (قوله ضمن الفروع فقط) أى عندهما لأن سبب الإتلاف الشهادة القائمة فى مجلس القضاء إذا وجد من الفروع ، وعند محمد المشهود عليه مخير بين تضمين الفروع وتضمين الأصول ، لأن القضاء وقع بشهادة الفروع من حيث إن القاضى عاين شهادتهم ووقع بشهادة الأصول من حيث إن الفروع نائبون عنهم نقلوا شهادتهم بأمرهم درر ، ولمشار بقوله : لأن القضاء الخ إلى أنه لا تجانس بين شهادتى الفريقين ، فيجعل كل منهما كالفريق المنفرد من ذلك لم يجمع بينهما فى التضمين ، وأى ضمن لم يرجع على الآخر كما فى الشروح ، واعترض عليه بأن الفروع مضطرون بالأداء بعد التحمل يأثمون بالامتناع ، ولا علم لهم بحال الأصول ، فكان ينبغى أن لا يضمنوا إلا إذا علموا أنهم غير محقين وشهدوا ، ثم رجعوا وأيضا أنهم لو اعترفوا بعدم التحميل ، ورجعوا بناء على ذلك ينبغى أن يضمنوا ، وإن قالوا رجعنا تبعا للأصول لأنهم رجعوا عما حملونا ونحن تبعناهم ينبغى أن لا يضمنوا .

أقول : الجواب عن الأول : أن الحكم أضيف إلى شهادة الفروع ، وظاهر حالهم أنهم محقون فيها فاللازم عليهم أن لا يرجعوا سواء رجع أصولهم أو لم يرجعوا فلما رجعوا توجه الضمان إليهم فلا خفاء فيه ، وعن الثانى بأن التعارض وقع بين خبرى الأصول وقد قوى خبرهم الأول باتصال القضاء إليه بواسطة أداء الفروع إياه على طريق الشهادة ، فظاهر حالهم أن لا يتبعوا خبرهم الثانى ، مع أنه خلاف الظاهر ، وأنه ضعيف تدبر (قوله وضمن المزكون) أى للرجوع عن التزكية عنده ، وقالا : لا يضمنون لأنهم أثنوا على الشهود فصاروا كشهود الإحصان له أن التزكية إعمال للشهادة إذ القاضى لا يعمل بها إلا بالتزكية ، فصار فى معنى علة العلة بخلاف شهود الإحصان ، لأنهم شرط محض والخلاف فيما إذا تعمدوا أو علموا أنهم عبيد وزكوهم كما قيده المصنف ، وقيل : الاختلاف فيما إذا أخبر بحرية الشاهد وعدالته أما إذا قال هو عدل ، فبان عبدا لا ضمان إجماعا لأن العبد قد يكون عدلا كما فى البحر وغيره .

مطلب فى علة العلة

أقول : وعلة العلة كما فى الدرر كالرمى ، فإنه سبب لمضى السهم فى الهواء ، وهو سبب الوصول إلى المرمى إليه وهو سبب الجرح وهو سبب ترادف الألم وهو سبب الموت ، ثم أضيف الموت إلى الرمى الذى هو العلة

ولو الدية) بالرجوع عن التزكية (مع علمهم بكونهم عبيدا) خلافا لهما (أما مع الخطأ فلا) إجماعا بحر (وضمن شهود التعليق) قيمة القن ونصف المهر لو قبل الدخول (لا شهود الإحصان) لأنه شرط بخلاف التزكية لأنها علة

الأولى (قوله ولو الدية) أى والحق لو زكوا شهود الزنا فرجم فإذا الشهود عبيد أو مجوس، فالدية على المزكين عنده لما فى السراجية أن المشهود به، لو كان زنا فإذا الشهود عبيد أو كفرة فالدية على المزكين لو قالوا: علمنا أنهم عبيد ومع ذلك زكيناهم، بخلاف مالو زعموا أنهم أحرار فلا ضمان عليهم، ولا على الشهود ولا حد على الشهود لأنهم قذفوا حيا، وقد مات ولا يورث عنه وقالا الدية على بيت المال اهـ (قوله مع علمهم بكونهم عبيدا) أما إذا ثبتوا عليها، وزعموا أنهم أحرار فلا ضمان عليهم، ولا على الشهود (قوله أما مع الخطأ) بأن قال أخطأت فى التزكية (قوله وضمن شهود التعليق) يعنى لو شهد بتعليق العتق أو الطلاق قبل الدخول بشرط وآخران بوجود الشرط أى دخول الدار مثلا فقضى القاضى ورجع الفريقان بعد الحكم. فالضمان على شهود اليمين لا شهود الشرط، فيضمنان قيمة العبد ونصف المهر لأن اليمين هى العلة فأضيف الحكم إلى من شهد بها، والشرط وإن منع فإذا وقع أضيف التلف إلى العلة لا شهود وجود الشرط، لأن شهود التعليق أثبتوا العلة الموجبة للحكم، وشهود وجود الشرط أثبتوا شرطه والشرط لايعارض العلة فى إضافة الحكم، لأن إضافة الحكم إلى العلة حقيقة وإضافته إلى الشرط مجاز كما الشمنى.

وفى المنية: شهدا أنه أمر امرأته أن تطلق نفسها وآخران أنها طلقت قبل الدخول فرجعوا يضمن شهود الطلاق لإثباتهما السبب والتفويض شرط كونه سببا وعلى هذا إذا شهدا أنه جعل عتق عبده بيد فلان وآخران أنه أعتقه، ثم رجعوا ولو شهدوا أنه أمره بالتعليق وآخران أن المأمور علق وآخران أعتقه ثم رجعوا ولو شهدوا أنه أمره بالتعليق وآخران أن المأمور علق وآخران على وجود الشرط ثم رجعوا فالضمان على شهود التعليق (قوله لو قبل الدخول) أما بعد الدخول إذا رجعوا لايلزمهم شىء لأنه استوفى منافع البضع والإتلاف بعوض كلا إتلاف كما قدمنا (قوله لاشهود الإحصان) صورته أن يشهد أربعة على الزنا ويشهد آخران على أنه محصن، ثم رجعوا فالضمان على شهود الزنا لأنه علة وهى المؤثرة فى الحكم وأفرده بالذكر مع أنه داخل فى الشرط على مانص عليه بقوله: لأنه شرط لمكان الاختلاف فيه أنه شرط أو علامة، ثم الشرط هو مايتعلق الوجود عليه دون الوجوب والعلامة هى مايعرف الوجود به من غير تعلق وجوب ولا وجود به.

ونص فخر الإسلام، وأبو زيد وشمس الأئمة على أن الإحصان علامة لاشرط، وأثبتوا مدعاهم بوجهين. وذهب المتقدمون من أصحابنا وعامة المتأخرين أنه شرط لا علامة بدليل أن وجوب الحد يتوقف عليه بلا عقلية تأثير له فى الحكم ولا إفضاء إليه، وهذا شأن الشرط، واختاره المحقق ابن الهمام فى تحريره ونصره. وأجاب عن الوجهين بما لامزيد عليه هذا ثم كونه شرطا محضا إنما هو بالنسبة إلى التزكية لمقابلته بها تدبر (قوله لأنه شرط) والشرط(١) يلزم من وجوده الوجود، ومن عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود، ولا عدم فلا يلزم من كونه محصنا أنه يرجم، وإنما يرجم بفعله الزنا بشرط أن يكون محصنا فكان المتسبب فى رجمه هم شهود الزنا فيلزمهم الضمان برجوعهم رحمتى (قوله بخلاف التزكية) أى إذا رجع الشهود عنها فإنهم يضمنون (قوله لأنها) أى التزكية علة إذ العلة الباعث على الشىء المؤثر فى وجوده فكان تزكيتهم ملجئة للقاضى على

(١) (قوله والشرط الخ) هذا سهو وتعريفه أنه مايلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته اهـ.

(والشرط) ولو وحدهم على الصحيح عيني . قال : وضمن شاهدا الإيقاع لا التفويض لأنه علة والتفويض سبب اه .

كتاب الوكالة

الحكم فيضمنون بالرجوع ، كما تقدم لكن الأولى أن يقول : علة العلة لأن العلة الشهادة عند القاضي والتزكية إعمال لها ، لأن القاضي لا يعمل بها ، فصارت في معنى علة العلة إلا أن يقال : إنه عند وجود العلة لا يضاف الحكم إلا إليها .

والحاصل : أنه إذا اجتمع شهود التزكية مع شهود الزنا ورجعوا جميعا فالضمان على شهود التزكية لأن الحكم يضاف إليها فكانت علة فيه : وإذا اجتمع شهود الزنا مع شهود الإحصان فرجعوا فالضمان على شهود الزنا لا الإحصان لأن علة الحكم الشهادة والإحصان شرط كماذكره الأكثر لتوقف وجوب الحد عليه (قوله والشرط) عطف على الإحصان ، وظاهره أن المصنف مال إلى قول من قال : إن الإحصان علامة لا شرط على خلاف ما فسره الشارح بأنه شرط على ما اختاره صاحب البحر تبعا للأكثر . واختار البزدوي : أن الشرط ماليس بعلة فشمل السبب فلا ضمان على شهود التفويض بل على شهود الإيقاع ، وعلى كل فقد اتفقوا على عدم تضمين شهود الإحصان كالشرط ، فلو شهد شهود بالزنا وآخران أن الزاني محصن فرجم ، أو شهدا بتعليق عتق وطلاق وآخران بوقوع الشرط ثم رجعوا فضمان الدية وقيمة القن ونصف المهر ليس إلا على شهود الزنا ، والتعليق إذ شهادتهم على العلة ، وهذا بالاتفاق أما لو رجع شهود الشرط وحدهم ففيه الاختلاف . ولذا قال : ولو وحدهم على الصحيح .

قال في الكافي : ولو رجع شهود الشرط وحدهم يضمنون عند البعض ، لأن الشرط إذا سلم عن معارضة العلة صلح علة لأن العلل لم تجعل عللا بذواتها فاستقام أن يخلفها الشرط والصحيح أن شهود الشرط لا يضمنون بحال نص عليه في الزيادات وإلى هذا مال شمس الأئمة السرخسي وإلى الأول فخر الإسلام البزدوي شرنبلالية (قوله قال) أي العيني ، وضمن شهود الإيقاع : أي لو قامت بينة أنه فوض إليها الطلاق وأخرى أنها أوقعته ثم رجعتا كان الضمان على بينة الإيقاع فقط لأنه العلة (قوله لا التفويض) أي تفويض الطلاق إلى المرأة أو تفويض العتق إلى العبد وشهد آخران أنها طلقت وأن العبد عتق الخ بثمني (قوله لأنه) أي الإيقاع علة . قال في البحر : وأراد من الشرط ماليس بعلة فشمل السبب فلا ضمان على شهود التفويض والضمان على شهود الإيقاع كما قدمناه . واستشهد الحسامي على عدم تضمين شهود الشرط بما لو قال لعبده : إن ضربك فلان فأنت حر فضربه فلان يعتق العبد ولا يضمن الضارب لأنه عتق بيمين مولاه لا بالضرب فكذلك هذا اه والله سبحانه وتعالى أعلم وأستغفر الله العظيم .

كتاب الوكالة

هي بفتح الواو وكسرها : اسم للتوكيل والكلام فيها في مواضع .

الأول : في معناها لغة . قال في المصباح وكلت الأمر إليه وكلا من باب وعد ووكولا فوضته إليه ، واكتفيت به ، والوكيل فعيل بمعنى مفعول لأنه موكول إليه ، ويكون بمعنى فاعل إذا كان بمعنى الحافظ ، ومنه — حسبنا الله ونعم الوكيل — والجمع وكلاء ووكلته توكيلا فتوكل قبل الوكالة وتوكل على الله اعتمد عليه . والحاصل أنها في اللغة بمعنى التوكيل وهو تفويض الأمر إلى الغير .

. . . .

الثانى : فى معناها اصطلاحا فهى إقامة الإنسان غيره مقام نفسه فى تصرف معلوم . كذا فى العناية حتى أن التصرف إن لم يكن معلوما يثبت به أدنى تصرفات الوكيل وهو الحفظ وذكر فى المبسوط ، وقد قال علماؤنا فيمن قال لآخر : وكلتك بمالى أنه يملك بهذا اللفظ الحفظ فقط كذا فى النهاية .

الثالث : فى ركنها وهو ما دل عليه من الإيجاب والقبول ، ولو حكما كالسكوت كما سنبينه قبيل الرابع . وستأتى التفرقة فى الحكم بين القبول الصريح وبين السكوت ، فلو قال : وكلتك فى هذا كان وكيلا بحفظه لأنه الأدنى فيحمل عليه ، وقيدوا بقوله فى هذا لأنه لو قال : وكلتك فقال : قبلت الوكالة فقال الوكيل : طلقت امرأتك ثلاثا أو اعتقت عبدك فلانا أو زوجت بنتك فلانة من فلان ، أو تصدقت من مالك بكذا على الفقراء فقال الرجل : لا أرضى بذلك فهذا الكلام متوجه إلى الذى تحاورا فيه ؛ وقليلا ما يكون هذا الكلام والتفويض الأبناء على سابقة تجرى بينهما فإن كان كذلك فالأمر على ما تعارفوه بما جرت المخاطبة فيه . فإن فعل شيئا خارجا من ذلك النوع ، لم ينفذ على المؤكل دون إنفاذه كذا فى خزانة المفتين ، ولو قال : أنت وكيلى فى كل شىء كان تفويضا للحفظ والقياس أن لا يكون وكيلا به للجهالة ، والاستحسان انصرافها إلى الحفظ ولو قال : أجزت لك بيع عبدى هذا يكون توكيلا بالبيع ، ولو زاد على قوله : أنت وكيلى فى كل شىء جائز أمرك ملك الحفظ والبيع والشراء ، ويملك الهبة والصدقة ، حتى إذا أنفق على نفسه من ذلك المال جاز حتى يعلم خلافه من قصد الموكل ، وعن الإمام تخصيصه بالمعاوضات ، ولا يلى العتق والتبرع وعليه الفتوى ، وكذا إذا قال : طلقت امرأتك ووقفت أرضك فى الأصح لايجوز وفى الروضة : فوّضت أمرى إليك قيل : هذا باطل ، وقيل : هذا والأول سواء فى أنه تفويض الحفظ ولو قال مالك المستغلات : فوّضت إليك أمر مستغلاتى ، وكان أجرها من إنسان ملك تقاضى الأجرة ، وقبضها وكذا لو قال : إليك أمر ديونى ملك التقاضى ، ولو قال : فوّضت إليك أمر دوابى ، وأمر مماليكى ملك الحفظ والراعى والتعليف والنفقة عليهم ، ولو قال : فوّضت إليك أمر امرأتى ملك طلاقها ، واقتصر على المجلس بخلاف قوله ملكتك حيث لا يقتصر على المجلس كذا فى البزازية ، وفى كافى الحاكم لو وكله بالقيام على داره وإجارتها وقبض غلتها والبيع لم يكن له أن يبنى ولا أن يرم منها شيئا وليس وكيلا فى خصومتها ، ولو هدم رجل منها شيئا كان وكيلا فى الخصومة لأنه استهلك شيئا فى يديه ، وكذا لو أجرها من رجل فجحد ذلك الرجل الإجارة كان خصما فيها حتى يثبتها وكذا إذا سكنها وجحد الأجر اهـ .

وقال فى باب الوكالة فى الدين : لو وكله بتقاضى كل دين له ثم حدث له دين بعد ذلك فهو وكيل فى قبضه ، ولو وكله بقبض غلة أرضه وثمرتها كان له أن يقبض ذلك كل سنة اهـ .

وقال فى باب قبض للعارية والوديعة : ولو وكله بقبض عبد عند رجل فقتل العبد خطأ كان للمودع أن يأخذ القيمة من عاقلة القاتل ، وليس للوكيل أن يقبض القيمة لأنها كالثمن ولو كان الوكيل قبض العبد فقتل عنده كان له أن يأخذ القيمة ، وهو الآن بمنزلة الأوّل ، ولو جنى على العبد جناية قبل أن يقبضه الوكيل فأخذ المستودع أرشها فللوكيل أن يقبض العبد دون الأرش ، وكذا لو كان المستودع أجره بإذن مولاه لم يأخذ الوكيل أجره ، وكذا مهر الأمة إذا وطئت بشبهة ولو وكله بقبض أمة أو شاة فولدت كان للوكيل أن يقبض الولد مع الأم ولو كانت ولدت قبل أن يوكله بقبضها لم يكن له أن يقبض الولد وكذلك ثمرة البستان بمنزلة الولد اهـ .

قال فى البدائع وأما ركن التوكيل : فهو الإيجاب والقبول فالإيجاب من الموكل أن يقول وكلتك بكذا

. . . .

أو افعل كذا أو أذنت لك أن تفعل كذا ونحوه وزاد فى الهندية لوقال شئت بيع كذا فسكت وباع جاز ولو قال لا أقبل بطل كذا فى محيط السرخسى اه إذا قال لغيره إن لم تبع عبدى هذا فامرأتى كذا ، يصير ذلك الغير وكيلا بالبيع كذا فى الذخيرة .

رجل قال لغيره : سلطتك على كذا فهو بمنزلة قوله وكلتك .

فى المحيط البرهانى : إذا قال الرجل لغيره أحببت أن تبيع عبدى هذا أو قال : هويت أو قال رضيت أو قال : شئت أو قال : أردت أو قال وافقنى فهذا كله توكيل وأمر بالبيع اه ولو قال لغيره : أنت وكيلى بقبض هذا الدين يصير وكيلا وكذا لو قال : أنت جريى وكذا لو قال أنت وصيى فى حياتى ولو قال : أنت وصيى لا يكون وكيلا .

والقبول من الوكيل أن يقول : قبلت ، وما يجرى مجراه فما لم يوجد لم يتم ولهذا لو وكل إنسانا بقبض دينه فأبى أن يقبض ، ثم ذهب فقبض لم يبرأ الغريم لأنه ارتد بالرد . قال فى الهندية : وقبول الوكيل ليس بشرط لصحة الوكالة استحسانا ولكن إذا رد الوكيل الوكالة ترتد هكذا ذكر محمد رحمه الله تعالى كذا فى الذخيرة .

ثم الركن : قد يكون مطلقا وقد يكون معلقا بشرط نحو إن قدم زيد فأنت وكيلى فى بيع هذا العبد ، وقد يكون مضافا إلى وقت بأن يوكله فى بيع هذا العبد غدا : ويصير وكيلا فى الغد وما بعده لا قبله اه .

فإن قلت : فما الفرق بين التوكيل والإرسال فإن الإذن والأمر توكيل كما علمت :

قلت : الرسول أن يقول له أرسلتك أوكن رسولا عنى فى كذا وقد جعل منها الزيلعى فى باب خيار الرؤية : أمرتك بقبضه وصرح فى النهاية فيــه معزيا إلى الفوائد الظهيرية أنه من التوكيل وهو الموافق لما فى البدائع : إذ لا فرق بين افعل كذا ، وأمرتك بكذا كذا فى البحر : لكن قدم فى باب خيار الرؤية نقلا عن الفوائد ، جعل الأمر من ألفاظ الرسالة لا من ألفاظ التوكيل وسيأتى فى باب الوكالة بالخصومة أنه ليس بتوكيل فتدبر .

وفيه أيضا : واعلم أنه ليس كل أمر يفيد التوكيل فيما أمر به ، ففى الولوالجية : دفع له ألفا وقال : اشتر لى بها أو بع أو قال : اشتر بها أو بع ولم يقل لى كان توكيلا ، وكذا اشتر بهذا الألف جارية ، وأشار إلى مال نفسه ولو قال : اشتر جارية بألف درهم كانت مشورة وما اشتراه المأمور فهو له دون الآمر ، قال وكذا لو قال اشتر له هذه بألف إلا إذا زاد على أن أعطيك لأجل شرائك درهما لأن اشتراط الأجر له يدل على الإنابة اه .

أقول : وحاصله أنه لابد أن يكون فى الأمر ما يدل على أن المأمور يفعل أمرا للآمر بطريق النيابة عنه قال فى تهذيب القلانسى : الوكيل من يباشر العقد والرسول من يبلغ المباشرة ، والسلعة أمانة فى أيديهما اه . قال فى المعراج : قيل الفرق بين الرسول والوكيل أن الوكيل لا يضيف العقد إلى الموكل والرسول لا يستغنى عن إضافته إلى المرسل وإليه الإشارة ، فى قوله تعالى — يا أيها الرسول بلغ — وقوله — وما أنت عليهم بوكيل — نفى الوكالة وأثبت الرسالة اه .

قال فى الدرر فى أوائل البيع : الرسول معبر وسفير فكلامه كلام المرسل فالفرق أن الوكيل لا يتوقف على إضافة العقد إلى الموكل بل يضيفه لنفسه إلا فى مواضع كالنكاح والخلع والهبة والرهن ، ونحوها فإن الوكيل فيها كالرسول ، حتى لو أضاف النكاح لنفسه كان له والرسول لا يستغنى عن إضافته إلى المرسل فإذا

. . . .

لم يضف الرسول العقد إلى المرسل لم يقع بل يقع للرسول قال فى البحر : لو ادعى أنه رسول وقال البائع : أنه وكيل وطالبه بالثمن فالقول للمشترى والبينه على البائع وجه كون القول للمشترى أنه منكر إضافة العقد لنفسه والبائع يدعى عليه ذلك والقول قول المنكر بيمينه إليه الإشارة فى الخانية فى البيوع وشرطه الإضافة إلى مرسله : أى شرط كون القول للمشترى إضافة عقد الشراء إلى مرسله فلو أضافه لنفسه لزمه الثمن .

الرابع : فى شرائطها وهى أنواع ما يرجع إلى الموكل وما يرجع إلى الوكيل ، وما يرجع إلى الموكل به فما يرجع إلى الموكل كونه ممن يملك فعل ما وكل به بنفسه وسنتكلم عليه عند شرح الكتاب ، وما يرجع إلى الوكيل فالعقل فلا يصح توكيل مجنون وصبى لا يعقل لا البلوغ والحرية وعدم الردة فيصح توكيل المرتد ، ولا يتوقف لأن المتوقف ملكه وتوكيل الصبى الذى يعقل والعبد فى النكاح والطلاق والخلع والصلح والاستعارة والهبة والبيع والشراء والإجارة وكل ما يعقده الموكل بنفسه .

مطلب يشترط العلم للوكيل بالتوكيل

ومما يرجع للوكيل أن يعلم بالتوكيل فلو وكله ولم يعلم فتصرف توقف على إجازة الموكل أو الوكيل بعد علمه وحكى فى البدائع فيه اختلافا ففى الزيادات أنه شرط ، وفى الوكالة أنه ليس بشرط ، ويثبت العلم إما بالمشافهة أو الكتاب إليه أو الرسول إليه أو بإخبار رجلين فضوليين أو واحد عدل أو غير عدل وصدقه الوكيل ، وإلا فعنده لا ، وعندهما نعم : وأما مايرجع إلى الموكل به فإن لا يكون بإثبات حد أو استيفائه إلا حد السرقة والقذف ، وعمم أبو يوسف الحد والقصاص على الاختلاف وأن لا يكون فيه جهالة متفاحشة كما سيأتى .

الخامس : فى حكمها فمنه ثبوت ولاية التصرف الذى تناوله التوكيل ومنه التوكيل العام وقد صنف صاحب البحر فيه رسالة سماها [المسألة الخاصة فى الوكالة العامة] .

وحلصلها : أن الوكيل وكالة عامة يملك كل شىء إلا الطلاق والعتاق والهبة والصدقة على المفتى به وتمامه فيها ، وسيأتى فى هذا الكتاب تمام الكلام على ذلك إن شاء الله تعالى ومنه أن لايوكل الوكيل إلا بإذن أو تعميم أو تفويض إلا فى مسألتين .

الأولى : الوكيل بقبض الدين إذا وكل من فيه عياله فلا يصح فيبرأ المديون بالدفع إليه ولو قبضه وضاع لم يضمن .

الثانية : الوكيل بدفع الزكاة إذا وكل غيره ثم وثم فدفع الآخر جاز ولا يتوقف كما فى أضحية الخانية ، ومنه أنه أمين فيما فى يده كالمودع فيضمن بما يضمن به المودع ، ويبرأ بما يبرأ به ، والقول قوله فى دفع الضمان عن نفسه فلو دفع له مالا وقال اقضه فلانا عن دينى فقال قضيته وكذبه صاحب الدين فالقول للوكيل فى براءته وللدائن فى عدم قبضه ، فلا يسقط دينه ويجب اليمين على أحدهما فيحلف من كذبه الموكل ، دون من صدقه ، وعلى هذا لو أمر المودع بدفعها إلى فلان فادعاه وكذبه فلان ولو كان المال مضمونا على رجل كالمغصوب فى يد الغاصب ، أو الدين على الطالب فأمر الطالب أو المغصوب منه الرجل أن يدفعه إلى فلان فقال المأمور قد دفعت إليه ، وقال فلان : ما قبضت فالقول قول فلان أنه لم يقبض ولا يصدق الوكيل على الدفع إلا ببينة

. . . .

أو بتصديق الموكل ، ولا يصدقان على القابض والقول له مع اليمين وللوكيل تحليف الموكل أنه ما يعلم أنه دفع فإن نكل سقط الضمان عنه ، ولو لم يدفع إليه شيء ؛ وإنما أمره بقضاء دينه من ماله فادعاه ، وكذبه الطالب والموكل ولا بينة فالقول قولهما مع اليمين ويحلف الموكل على نفى العلم وإن صدقه الموكل دون الطالب رجع عليه بما ادعاه ، ويرجع الطالب عليه أيضا بدينه ذكره القدورى .

وفى الجامع : لا رجوع للوكيل على موكله ولو صدقه ، والأول أشبه كما فى البدائع ، ولو ادعى المودع أنه أمره بدفعها إلى فلان وكذبه صاحبها فالقول له أنه لم يأمره ، وقد سئل ابن نجيم عمن دفع إلى آخر مالا ليدفعه إلى آخر ثم اختلفا فى تعيينه فقال الآمر : أمرتك بدفعه إلى زيد فقال المأمور إلى عمرو ، وقد دفعت له فأجاب: بأن القول للوكيل لأنهما اتفقا على أصل الإذن ، فكان أمينا ولهذا قال الزيلعى فى آخر المضاربة لو دفع إليه مالا ثم اختلفا فقال الدافع مضاربة ، وقال المدفوع إليه: وديعة فالقول للمدفوع إليه لأنهما اتفقا على الإذن اه لكن رده المقدسى بما لو قال المضارب شرطت البر ، وقال الآخر : شرطت الشعير فإن القول لرب المال ، وبما لو قال أذنت أن تتجر فى البر ، وقال المضارب فى الطعام بعد تصرف المضارب القول لرب المال اه . والحق مع المقدسى لأن الوكالة مبناها على التقييد خصوصا ، وقد اتفقا عليه ولكن اختلفا فى تعيينه ، وهو لا يستفاد إلا من جهة الآمر ، وأما كون الوكيل أمينا فسلم ، ولكن إذا خالف يصير غاصبا فيضمن وهنا خالف لأن الشرع اعتبر فى التعيين من يكون مستفادا منه وفى البزازية برهن عليه أنه دفع إليه عشرة فقال دفعته إلىّ لأدفعه إلى فلان فدفعت يصح الدفع .

وفى الأنقروى : أمر رجلا بنزع سنه لوجع وعين سنا والمأمور نزع سنا آخر ثم اختلفا فيه فالقول للآمر ، فإن حلف فالدية فى ماله يعنى القالع لأنه عمد وسقط القصاص للشبهة وفى العتابية اختلفا فالقول قول الموكل فى التخصيص يعنى لأن الأصل فى الوكالة الخصوص بخلاف المضاربة وسيأتى متنا .

ومن أحكامه : أنه لا جبر عليه فى فعل ما وكل به إلا فى رد وديعة بأن قال : ادفع هذا الثوب إلى فلان فقبله وغاب الآمر يجبر المأمور على دفعه فأما سائر الأشياء ، فلا يجب عليه التنفيذ كما فى المحيط وتمامه فى الفوائد الزينية ومنها فى البزازية : وكله بقبض وديعته ، وجعل له الأجر صح وإن وكله بقبض دينه وجعل له أجرا لا يصح إلا إذا وقت مدة معلومة وكذا الوكيل بالتقاضى إن وقت جاز اه وكذا الوكيل بالخصومة كذا فى الولوالجية ، ومن أحكامها لا تبطل بالشروط الفاسدة ولا يصح شرط الخيار فيها كما فى الخانية .

ومن أحكامها : صحة تعليقها وإضافتها فتقبل التقييد بالزمان والمكان فلو قال : بعد غد لم يجز بيعه اليوم ، وكذا العتاق والطلاق ولو قال : بعه اليوم فباعه غدا فيه روايتان والصحيح أنها لا تبقى بعد اليوم ولو وكله بتقاضى دينه بالشام ليس له أن يتقاضاه بالكوفة الكل من الخانية .

قال فى نور العين معزيا إلى العيون : وكله بقبض الوديعة اليوم فله قبضه غدا ولو وكله بقبضه غدا لا يملك قبضه اليوم إذ ذكر اليوم للتعجيل فكأنه قال : أنت وكيلى به الساعة ، فإذا ثبت وكالته به الساعة دامت ضرورة ولا يلزم من وكالة الغد وكالة اليوم لا صريحا ولا دلالة وكذا لو قال : اقبضه الساعة فله قبضه بعدها ثم قال معزيا إلى قاضيخان : وكله بشىء وقال افعله اليوم ففعله غدا بعضهم قالوا : الصحيح أن الوكالة تنتهى بعد اليوم وقال بعضهم : تبقى وذكر اليوم للتعجيل لا لتوقيت الوكالة باليوم إلا إذا دل الدليل

مناسبته أن كلا من الشاهد والوكيل ساع في تحصيل مراد غيره (التوكيل صحيح) بالكتاب والسنة قال تعالى - فابعثوا أحدكم بورقكم - ووكل عليه الصلاة والسلام حكيم بن حزام بشراء أضحية وعليه الإجماع ، وهو خاص وعام كأنت وكيلي في كل شيء عم الكل حتى الطلاق قال الشهيد وبه يفتى ، وخصه أبو الليث بغير طلاق

عليه اه . وفي البزازية في الفصل الأول من كتاب الوكالة : الوكيل إلى عشرة أيام لا تنتهي وكالته بمضي العشرة في الأصح اه .

السادس : في صفتها وهو عدم اللزوم فله أن يعزله متى شاء إلا فيما سنذكره .

ومنها : أنه أمين فيما في يده كالمودع فيضمن بما يضمن به المودع ويبرأ به ، والقول قوله في دفع الضمان عن نفسه ، ومنها أنه يتحمل الجهالة اليسيرة في الوكالة ، ولا تبطل بالشروط الفاسدة أي شرط كان ولا يصح شرط الخيار فيها لأنه شرع في لازم يحتمل الفسخ والوكالة غير لازمة حتى أن من قال : أنت وكيلي في طلاق امرأتي على أني بالخيار ثلاثة أيام ، أو على أنها بالخيار ثلاثة أيام ، فالوكالة جائزة والشرط باطل . ومنها صحة إضافتها فتقبل التقييد بالزمان والمكان فلو قال بعه غدا لم يجز بيعه اليوم وكذا العتق والطلاق على الصحيح ولو وكله بتقاضي دينه في الشام ليس له أن يتقاضاه بالكوفة ومنها صحة تعليقها ، فإذا قال إذا حل مالي فاقبض أو إذا قدم فلان فتقاض أو إذا أثبت شيئا فأنت وكيلي في قبضه أو إذا قدم الحاج فاقبض ديوني صحت الوكالة (قوله مناسبته) أي للشهادة أن الإنسان خلق مدنيا بالطبع يحتاج في معاشه إلى تعاضد ، وتعاوض والشهادات من التعاضد ، والوكالة منه وقد يكون فيها تعاوض أيضا فصارت كالمركب من المفرد فأوثر تأخيرها ولأن في كل واحدة من الشهادة ، والوكالة إعانة الغير بإحياء حقه ، وكل من الشاهد والوكيل ساع في تحصيل مراد غيره الموكل والمدعي معتمد عليه كل منهما فتح وعناية قيل في بيان قوله : وقد يكون فيها تعاوض كما إذا كان وكيلا ببيع وشراء مثلا قال بعضهم : هذا سهو لأن التعارض فيما ذكر إنما هو متعلق الوكالة أعني الموكل به وهو البيع لا في الوكالة والكلام فيها لا في الأول ، وإلا فقد يكون التعاوض في متعلق الشهادة كما لو شهد ببيع مثلا والصواب أن مراده أن يكون في نفس الوكالة تعاوض كما إذا أخذ الوكيل أجره فإنه لا يمتنع إذ الوكالة عقد جائز لا يجب على الوكيل بخلاف الشهادة إذ هي فرض يجب على الشاهد إقامته فلا يجوز فيها تعاوض اه .

قلت : الأظهر أن يقال أن الوكالة ببيع ونحوه ذكروا أنه فيه مبادلة حكمية بين الوكيل والموكل حتى كان له أن يمنع المبيع عن الموكل لا أخذ الثمن إذا نقده من ماله ، ولا شك أن هذا مفقود في الشهادة قاله المقدسي (قوله التوكيل صحيح) أي تفويض التصرف إلى الغير (قوله بالكتاب والسنة قال تعالى) حكاية عن أصحاب الكهف - فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة - وكان البعث منهم بطريق الوكالة وشرع من قبلنا شرع لنا إذا قصه الله تعالى ورسوله من غير إنكار ولم يظهر نسخه والورق هي الفضة المضروبة « قوله ووكل عليه الصلاة والسلام حكيم بن حزام بشراء أضحية » رواه أبو داود بسند فيه مجهول . ورواه الترمذي عن حبيب ابن أبي ثابت عن حكيم وقال : لا نعرفه إلا من هذا الوجه وحبيب لم يسمع عندي من حكيم إلا أن هذا داخل في الإرسال عندنا فيصدق قول المصنف أي صاحب الهداية صح إذا كان حبيب إماما ثقة فتح (قوله وعليه الإجماع) أي انعقد الإجماع عليه (قوله وهو خاص) كأنت وكيلي في شراء هذا البيت مثلا (قوله كأنت وكيلي في كل شيء) ونحوه ما صنعت من شيء فهو جائز ، وجائز أمرك في كل شيء (قوله عم الكل) في الفتح

وعتاق ووقف واعتمده فى الأشباه وخصه قاضيخان بالمعاوضات فلا يلى العتق والتبرعات وهو المذهب كما

عن المحبوبى لو قال : أنت وكيلى فى كل شىء يكون بالحفظ ، فلو زاد فقال : أنت وكيلى فى كل شىء جائز صنعك أو أمرك فعند محمد يصير وكيلا فى البايعات والإجارات والهبات والطلاق والعتاق حتى ملك أن ينفق على نفسه من ماله وعند أبى حنيفة فى المعاوضات فقط ، ولايلى العتق والتبرع وفى الفتاوى الزينية وعليه الفتوى ومثله إذا قال وكلتك فى جميع أمورى اه .

قال فى أدب القاضى : وإذا وكل الرجل رجلا بطلب حقوقه وقبضها والخصومة فيها ، فليس لهذا الوكيل أن يوكل بذلك غيره . لأن الخصومة أمر يحتاج فيه إلى الرأى والناس يتفاوتون فى هذا والموكل رضى برأيه لا برأى غيره ، فلا يكون له أن يوكل غيره قال : وإن كان صاحب الحق أجاز أمره فى ذلك ، وما صنع فيه من شىء بأن قال ما صنعت فيه من شىء ، فهو جائز فله أن يوكل بذلك لأنه فوض الأمر إليه فيما يراه عاما والتوكيل من جملة ما رآه فيصح وليس للوكيل الثانى : أن يوكل غيره لأن الوكيل الثانى ، ما فوض الأمر إليه عاما وإنما فوض إليه الخصومة قال : وإن مات صاحب الحق بطلت وكالتهما جميعا لأن التركة انتقلت إلى الورثة قال : ولم يمت صاحب الحق ومات الوكيل الأول فالثانى على وكالته على حاله لأنه نائب عن الموكل وليس بنائب عن الوكيل الأول . لكن ملك الوكيل عزل الثانى لأنه فى العزل نائب عن صاحب الحق (قوله وخصه قاضيخان بالمعاوضات) نقل فى الشرنبلالية وغيرها عن قاضيخان لو قال لغيره : أنت وكيلى فى كل شىء أو قال : أنت وكيلى فى كل قليل أو كثير يكون وكيلا بحفظ غير هو الصحيح ولو قال أنت وكيلى فى كل شىء جائز أمرك يصير وكيلا فى جميع التصرفات المالية كبيع وشراء وهبة وصدقة واختلفوا فى طلاق وعتاق ، ووقف فقيل يملك ذلك لإطلاق تعميم اللفظ وقيل : لايملك ذلك إلا إذا دل دليل سابقة الكلام ونحوه وبه أخذ الفقيه أبو الليث اه ، وبه يعلم ما فى كلام الشارح سابقا ولاحقا فتدبر ولابن نجيم رسالة سماها [المسألة الخاصة فى الوكالة العامة] ذكر فيها ما فى الخانية وما فى فتاوى أبى جعفر .

ثم قال : وفى البزازية أنت وكيلى فى كل شىء جائز أمرك ملك الحفظ والبيع والشراء ، ويملك الهبة والصدقة حتى إذا أنفق على نفسه من ذلك المال جاز حتى يعلم خلافه من قصد الموكل وعن الإمام تخصيصه بالمعاوضات ، ولا يلى العتق والتبرع وعليه الفتوى ، وكذا لو قال : طلقت امرأتك ووهبت ، ووقفت أرضك فى الأصح لا يجوز .

وفى الذخيرة : أنه توكيل بالمعاوضات لا بالإعتاق والهبات وبه يفتى . وفى الخلاصة كما فى البزازية .

والحاصل أن الوكيل وكالة عامة يملك كل شىء إلا الطلاق والعتاق والوقف والهبة والصدقة على المفتى به ، وينبغى أن لايملك الإبراء والحط عن المديون لأنهما من قبيل التبرع فدخلا تحت قول البزازية أنه لايملك التبرع وظاهره أنه يملك التصرف مرة بعد أخرى وهل له الإقراض والهبة بشرط العوض فإنهما بالنظر إلى الابتداء تبرع فإن القرض عارية ابتداء معاوضة انتهاء. والهبة بشرط العوض هبة ابتداء معاوضة انتهاء وينبغى أن لايملكهما الوكيل بالتوكيل العام لأنه لايملكهما إلا من يملك التبرعات ، ولهذا لا يجوز إقراض الوصى مال اليتيم ولا هبته بشرط العوض وإن كانت معاوضة فى الإنتهاء وظاهر العموم أنه يملك قبض الدين واقتضاءه وإيفاءه والدعوى بحقوق الموكل وسماع الدعوى بحقوق على الموكل والأقارير على الموكل بالديون ، ولا يختص بمجلس القاضى لأن ذلك فى الوكيل بالخصومة لا فى العام .

فى تنوير البصائر وزواهر الجواهر وسيجىء أن به يفتى واعتمده فى الملتقط فقال : وأما الهبات والعتاق فلايكون وكيلا عند أبى حنيفة خلافا لمحمد وفى الشرنبلالية ولو لم يكن للموكل صناعة معروفة فالوكالة باطلة (وهو إقامة الغير مقام) نفسه ترفها أو عجزا (فى تصرف جائز معلوم) فلو جهل ثبت الأدنى وهو الحفظ (ممن يملكه) أى التصرف نظرا إلى أصل التصرف

فإن قلت : لو وكله بصيغة وكلتك وكالة مطلقة عامة فهل يتناول الطلاق والعتاق ، والتبرعات .

قلت : لم أره صريحا والظاهر أنه لايملكها على المفتى به لأن من الألفاظ ما صرح قاضيخان ، وغيره بأنه توكيل عام ومع ذلك قالوا بعدمه اه ما ذكره ابن نجيم فى رسالته ملخصا (قوله وسيجىء أن به يفتى) فيه حذف اسم أن (قوله ولو لم يكن للموكل صناعة معروفة فالوكالة باطلة) عبارة الشرنبلالية نقلا عن الخانية.

وفى فتاوى الفقيه أبى جعفر قال لغيره : وكلتك فى جميع أمورى التى يجوز بها التوكيل وأقمتك مقام نفسى لا تكون الوكالة عامة تتناول البياعات والأنكحة وفى الوجه الأول إذا لم تكن عامة ينظر إن كان الرجل يختلف ليس له صناعة معروفة فالوكالة باطلة ، وإن كان الرجل تاجرا تجارة معروفة تنصرف إليها اه وبه يعلم ما فى كلام الشارح إذ صورة البطلان ليست فى قوله : أنت وكيلى فى كل شىء كما بنى عليه الشارح هذه العبارات بل فى غيرها وهى : وكلتك فى جميع أمورى الخ إلا أن يقال إنهما سواء فى عدم العموم ولكن مبنى كلامه على أن ما ذكره عام ولكنك قد علمت ما فيه مما نقلناه سابقا أن ما ذكره ليس مما الكلام فيه (قوله وهو) أى التوكيل إقامة الغير ، ولابد أن يكون معلوما فلا يصح توكيل المجهول فقول الدائن لمديونه : من جاءك بعلامة كذا أو من أخذ أصبعك أو قال : لك كذا فادفع إليه مالى عليك لم يصح ، لأنه توكيل مجهول ، فلا يبرأ بالدفع إليه كما فى القنية (قوله مقام نفسه ترفها) أى تنعما لنفسه وإراحة لها من مشقة الخصومة والعمل (قوله أو عجزا) بأن كان لا يحسن الخصومة فرب مبطل يحسن التعبير ، ويصور الباطل حقا ورب محق لا يحسن التعبير لحصول حقه فتتوجه الخصومة عليه (قوله فى تصرف جائز) أخرج بذلك ما لو وكل الصبى غيره فى طلاق زوجته أو عتق عبده أو هبة ماله (قوله معلوم) أورد عليه التوكيل العام ، وأجيب بأنه معلوم فى الجملة حتى لو لم يكن معلوما أصلا كمن كثرت معاملاته بطل التوكيل (قوله فلو جهل) كما لو قال : وكلتك بمالى منح وفتح عن المبسوط أو قال : أنت وكيلى فى كل شىء (قوله ثبت الأدنى وهو الحفظ) أى كان وكيلا بالحفظ كما إذا قال : وكلتك بمالى كما فى المنح . وفى الخانية لا أنهاك عن طلاق امرأتى لا يكون وكيلا ، ولو قال لعبده : لا أنهاك عن التجارة لا يصير مأذونا عند البعض والصحيح يصير .

قال لغيره : اشتر جارية بألف درهم لايصير وكيلا ويكون مشورة .

قال لرجلين : وكلت أحدكما ببيع هذا صح وأيهما باع جاز وكذا لو قال لرجل : بع هذا أو هذا وكذا لو دفع المديون لرجل وقال : اقض فلانا أو فلانا (قوله ممن يملكه) متعلق بقوله صحيح وقوله : وهو إقامة الغير الخ معترض بينهما ، ويجوز أن يكون متعلقا بإقامة وحينئذ فلا اعتراض . قال فى المنح : بيان للشرط فى الموكل .

قال فى البحر : وشمل قوله ممن يملكه الأب والوصى فى ملك الصبى فلهما أن يوكلا بكل ما يفعلانه .

قال السائحانى قوله : ممن يملكه يصح أن يكون حالا من الغير فلا يصح توكيل الذمى مسلما ببيع الخمر لأنه لا يلى بيعه ويؤيد هذا قولهم حكم الوكالة جواز مباشرة الوكيل بما وكل فيه ، ويصح أن يكون حالا من نفسه أى من يملك تصرفا يملك التوكيل به ، والذى يملك التصرف الأب والوصى اه (قوله نظرا إلى أصل التصرف)

وإن امتنع فى بعض الأشياء بعارض النهى ابن كمال (فلا يصح توكيل مجنون وصبى لايعقل مطلقا وصبى يعقل بـ) تصرف ضار

أى من حيث أنه لا يعارضه غيره فيه من غير نظر إلى حكم شرعى ، فدخل فيه توكيل المسلم ذميا ببيع خمر أو خنزير ومحرم حلالا ببيع الصيد ، لأنه صحيح عنده ولا يملكه الموكل وهو جواب عما يرد على هذا الشرط لكن هذا النظر يعكر على التقييد ، بقوله : جائز وهذا إنما يتأتى على أن الأصل فى الأشياء الإباحة ويرد على هذا الشرط أيضا العبد المأذون فى تزويج نفسه لا يملك التوكيل كما فى المحيط مع أنه يملك أن يتزوج بنفسه والجواب : أنه بمنزلة الوكيل عن سيده وإن كان عاملا لنفسه والوكيل لايوكل إلا بإذن أو تعميم كما فى البحر (قوله وإن امتنع فى بعض الأشياء بعارض النهى) هذا جواب عما يرد على قولهم يوكل بكل ما يباشره بنفسه ممن يملكه أنه غير مطرد ولا منعكس مع أن الذمى يملك بيع الخمر . ولا يملك توكيل المسلم فيه والمسلم لايملك بيع الخمر ويوكل الذمى فيه .

وحاصل الجواب : أن الذمى وإن ملك التصرف لايملك توكيل المسلم لأنه منهى عنه والمسلم لا يملك التصرف فى الخمر لعارض النهى . وأما أصل التصرف وهو البيع مثلا فجائز ولذلك صح توكيل الذمى ببيعه ، لكن هذا إنما يتأتى على أن الأصل فى الأشياء الإباحة (قوله ابن كمال) عبارته اعلم أن من شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف ، لأن الوكيل يستفيد ولاية التصرف منه ويقدر عليه من قبله ومن لا يقدر على شيء كيف يقدر عليه غيره وقيل هذا على قولهما . وأما على قوله فالشرط أن يكون التوكيل حاصلا بما يملكه الوكيل . فأما كون الموكل مالكا له فليس بشرط حتى يجوز عنده توكيل المسلم الذمى بشراء الخمر ، وقيل المراد به : أن يكون مالكا للتصرف نظرا إلى أصل التصرف . وإن امتنع فى بعض الأشياء بعارض النهى ومثله فى التبيين . وذكر بعده أنه لابد أن يكون الموكل ممن تلزمه الأحكام لأن المطلوب من الأسباب أحكامها فلا يصح توكيل الصبى والعبد المحجور عليهما اهـ (قوله فلا يصح توكيل مجنون وصبى) مصدر مضاف للفاعل (قوله لا يعقل مطلقا) سواء كان ضارا أو نافعا أو مترددا بينهما (قوله وصبى يعقل) أى بأن البيع سالب للمبيع جالب للثمن وأن الشراء بالعكس (قوله بتصرف) متعلق بتوكيل (قواه ضار) الضرر بالنظر إلى وجه اكتساب المال ظاهرا ، وإن كان نافعا فى نفس الأمر فإنهما سبب الخلف فى الدنيا والثواب فى العقبى ونفع عباد الله الذى هو غاية الكمال فى العبد والتنصل من سيمة البخل . لكنها ليست طريق الإكتساب بل تنقيص المال ظاهرا ، فلا يملكه الصبى ، وإن كان عاقلا لأن تمام نفعها بحسن النية : وهى لا تكون إلا بتمام العقل فلا يصح توكيله به . ولهذا حكى ابن الكمال ما نقله عنه الشارح بقيل لأنه لو نظرنا إلى أصل التصرف ، لصح توكيل الصبى بالصدقة ، لأنه يملك أصل التصرف ويمتنع فى البعض بعارض ، وهو وأراد أيضا على ما قدمه ابن كمال من أن الشرط أن يكون التوكيل حاصلا بما يملكه الوكيل . فإن الوكيل يملك الصدقة ونحوها إذا كان بالغا عاقلا ، ولا يصح توكيل الصبى له فى ذلك والجواب عن الثانى : بأن الوكيل يملك التصرف فى ذلك من مال نفسه لا من مال غيره إلا بإذنه ولا يصح إذن الصبى فى ذلك لقصور تمام عقله ، بخلاف بيع الخمر والخنزير ، فإن الذمى يملكه بمال نفسه ، وبمال غيره بإذنه والعاقل البالغ يصح إذنه فى ذلك بإسقاط حقه عن الخمر والخنزير ، ألا يرى أن له إهراق الخمر وتسييب الخنزير فكذا له أن يسقط حقه للذمى فيتصرف الذمى بولاية نفسه ، لأن الحقوق ترجع إليه . وهو العاقل حقيقة فحينئذ ينبغى أن يقال : بما يملكه الوكيل مع صحة التفويض

(نحو طلاق وعتاق وهبةوصدقة وصح بما ينفعه) بلا إذن وليه (كقبول هبة و) صح بما تردد بين ضرر ونفع كبيع وإجارة إن مأذونا وإلا توقف على إجازة وليه) كما لو باشره بنفسه (ولا يصح توكيل عبد محجور وصح لو مأذونا أو مكاتبا و توقف توكيل مرتد فإن أسلم نفذ وإن مات أو لحق أو قتل لا) خلافا لهما (و) صح (توكيل مسلم ذميا ببيع خمر أو خنزير) وشرائهما كما مر فى البيع الفاسد (ومحرم حلالا ببيع صيد) و (إن امتنع عنه الموكل لعارض النهى كما قدمنا فتنبه، ثم ذكر شرط الوكيل فقال (إذا كان الوكيل يعقل العقد ولو صبيا أو عبدا

مع الأصيل تأمل رحمتى (قوله بنحو طلاق) لأن فيه إلزام المهر أو بعضه وإلزامه النفقة فى العدة وغير ذلك (قوله وعتاق وهبة وصدقة) تقدم آنفا أن هذا ضار بالنظر إلى وجه اكتساب المال ظاهرا وإن كان نافعا فى نفس الأمر الخ (قوله بلا إذن وليه) متعلق بصح (قوله إن مأذونا): أى إن كان الصبى الموكل مأذونا (قوله ولا يصح توكيل عبد) مضاف لفاعله (قوله وتوقف توكيل مرتد) أى إذا وكل المرتد أحدا توقف، وأما جعله وكيلا فلا توقف فيه وهذا إذا كان بمبادلة مال بمال أو عقد تبرع بناء على توقف تصرفه فيه عند الإمام، وينفذ عندهمـــا فيصح توكيله وأما فى النكاح والشهادة فلا يصح منه اتفاقا فلا يصح توكيله فيه، وأما ما يعتمد المساواة وهو المفاوضة وولاية متعدية، وهى التصرف على ولده الصغيره فيتوقف اتفاقا فيتوقف توكيله فيه اتفاقا.

قال فى البحر: وما يرجع إلى الوكيل أى من الشرائط فالعقل، فلا يصح توكيل مجنون وصبى لا يعقل لا البلوغ والحرية وعدم الردة فيصح توكيل المرتد ولا يتوقف لأن المتوقف ملكه والعلم للوكيل بالتوكيل، فلو وكله ولم يعلم فتصرف توقف على إجازة الموكل أو الوكيل بعد علمه وثبت العلم بالمشافهة أو الكتاب إليه أو الرسول إليه أو بإخبار رجلين فضوليين أو واحد عدل أو غير عدل وصدقه الوكيل اه كما قدمناه أول الوكالة (قوله خلافا لهما) فقالا هو نافذ منح (قوله وصح توكيل مسلم ذميا الخ) قال فى النهر من باب البيع الفاسد صورته: بأن أسلم عليهما ومات قبل أن يزيلهما وله وارث مسلم فيرثهما فيوكل كافرا ببيعهما غير أن عليه أن يتصدق بثمنهما، وهذا عند الإمام خلافا لهما اه وتقدم فى بابه بأتم مما هنا فراجعه إن شئت (قوله وشرائهما) أى يصح عند الإمام مع أشد كراهة وهى كراهة التحريم كما مر فى البيع الفاسد. قال فى النهر ثمة فيجب عليه أن يخلل الخمر، أو يريقها ويسيب الخنزير اه.

قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى: وانظر لم لم يقولوا ويقتل الخنزير مع أن تسييب السوائب لا يحل اه أقول: ولعل ذلك لعدم تمولها (قوله لعارض النهى) فى بعض النسخ بالباء بدل اللام وهو من إضافة الموصوف لصفته (قوله كما قدمنا) ومثله ما لو اشترى عبدا شراء فاسدا أو أعتقه قبل قبضه لا يصح، ولو أمر البائع بإعتاقه يصح، لأنه يصير قابضا اقتضاء كما قدمه فى البيع الفاسد (قوله فتنبه) أشار به إلى أنه لا تنافى بين كلاميه كما قدمه (قوله ثم ذكر) عطف على محذوف أى ذكر شرط الموكل ثم ذكر الخ تأمل، وإضافته الشرط للوكيل بمعنى فى أى ثم ذكر الشرط فى الوكيل قاله بعض الأفاضل (قوله إذا كان يعقل العقد) أى يعقل أن الشراء جالب للمبيع سالب للثمن والبيع على عكسه، ويعرف الغبن الفاحش من اليسير، ويقصد بذلك ثبوت الحكم والربح لا الهزل ذكره ابن الكمال. لكن نظر فيه فى البحر بأنه لا حاجة إلى اشتراط عقلية الغبن الفاحش من اليسير لجواز بيع الوكيل عند الإمام بما قل وكثر. نعم إن قيد عليه أن لا يبيعه بغبن فاحش اشترط اه واعترضه فى المنح بقوله: ليس ما ذكر من النظر واقعا موقعه لأن التعريف إنما هو للصبى العاقل، وهو المميز

. . . .

مطلقا ، كما ذكره المحققون فى تعريفه ، لا بالنظر إلى خصوص الوكالة حتى يحتاج إلى ذكر هذا النظر والجواب عنه اه.ويرد عليه مافى اليعقوبية حيث قال : قوله : ويعرف الغبن اليسير من الفاحش كذا فى أكثر الكتب ، وهو مشكل لأنهم اتفقوا على أن توكيل الصبى العاقل صحيح ، وفرق الغبن اليسير من الفاحش مما لايطلع عليه أحد إلا بعد الاشتغال بعلم الفقه فلا وجه لصحة اشتراطه فى صحة التوكيل كما لايخفى اه ولا يخفى عليك أنه حيث كان تعريف الصبى العاقل مأخوذا فيه معرفة الغبن الفاحش من اليسير كان شرطا فى الوكالة أيضا ، ثم كان الظاهر أن يقول : إلا بعد الاشتغال بالبيع والشراء ، ومعرفة أثمان المبيعات ، لأنه ليس المراد أن يعرف ماحده الفقهاء ، بل أن يعرف أن هذا الشىء قيمته كذا ، وأنه لو اشتراه أو باعه بكذا يكون مغبونا تأمل ، وعلى كل فاشتراط معرفة الغبن مشكل فقد يكون الرجل من أعقل الناس ، وأذكاهم ويغبن فى بعض الأشياء لعدم وقوفه على مقدار قيمة مثلها . ولعل مرادهم اشتراط ذلك فيما تكون قيمته معروفة مشهورة . وانظر مايأتى عند قوله : وتقييد شراؤه بمثل القيمة ، ثم رأيت فى الحواشى السعدية قال مانصه : قوله مما لايطلع عليه أحد الخ ممنوع فإنا نرى كثيرا من الصبيان يعرف ذلك من غير اشتغال بعلم الفقه ، بل بالسماع من الثقات ، وكثرة المباشرة بالمعاملات ، ثم قد يقام التمكن من الشىء مقام ذلك الشىء كما سبق فى مباحث عدم قبول شهادة الأعمى فى هذا الكتاب ، وأما فيما نحن فيه فالتمكن من المعرفة بالعقل وذلك موجود فى الصبى الذى كلامنا فيه فليتأمل اه .

قلت : والظاهر أن مرادهم أن يعرف أن الخمسة فيما قيمته عشرة مثلا غبن فاحش ، وأن الواحد فيها يسير فإن من لم يدرك الفرق الفرق بينهما غير عاقل كصبى دفع له رجل كعبا ، وأخذ ثوبه فإذا فرح به ، ولا يعرف أنه مغبون فى ذلك لايصح تصرفه أصلا . وقدمنا عن البحر أن مايرجع إلى الوكيل العقل فلا يصح توكيل مجنون وصبى لايعقل الخ ، وصريح عبارة المصنف وغيره يدل على عدم صحة توكيل المجنون لكن فى المقدسى ، ولو وكل مجنونا بطلاق امرأته فقبل الوكالة فى حال جنونه ، ثم أفاق فهو على وكالته لأن الإفاقة تزيد التمكن من التصرف ، ولا تزيل الثابت .

قلت : وفيه بحث لأن قبول المجنون لغو فلم يثبت اه .

قلت : يؤيد هذا البحث أن هذا الفرع مخالف للمتون التى هى معتمد المذهب وإن أريد به من يعقل البيع والشراء كما ذكرنا فهذا ليس بمجنون بل كصبى محجور .

وفى الواقعات الحسامية : الوكيل إذا اختلط عقله بشراب نبيذ ويعرف الشراء والقبض جاز على الموكل شراؤه ولو اختلط ببنج ويعرف الشراء لم يجز وهو كالمعتوه اه .

قال المقدسى : يشكل نفاذ تصرفه على الموكل لأنا عاملناه معاملة الصحيح زجرا له ولا ذنب للموكل حتى ينصرف الزجر له ، ويعامل عليه بنفاذ فعل الوكيل المذكور عليه . ثم رأيت بحثى هذا منقولا قال قاضيخان : إن أبا سليمان الجوزجانى قال يجوز على الموكل وقال غيره : لايسرى عليه وعلل بما ذكرته فليراجع اه .

قال فى جامع أحكام الصغار : فإن كان الصبى مأذونا فى التجارة فصار وكيلا بالبيع بثمن حال أو مؤجل ، فباع جاز بيعه ولزمته العهدة وإن كان وكيلا بالشراء ، فإن كان بثمن مؤجل لاتلزمه العهدة قياسا واستحسانا وتكون العهدة على الأمر حتى أن البائع يطالب الآمر بالثمن دون الصبى ، وإن وكله بالشراء بثمن حال فالقياس أن لاتلزمه العهدة وفى الاستحسان تلزمه اه .

محجورا) لايخفى أن الكلام الآن فى صحة الوكالة لا فى صحة بيع الوكيل فلذا لم يقل ويقصده تبعا للكنز

قال فى البحر : وقوله : أى صاحب الكنز إن لم يكن محجورا شامل للحر الذي لم يحجر عليه لسفه ، والعبد المأذون والصبى المأذون ولم يذكر شارحوا الهداية المحجور عليه بالسفه هنا ، وإنما زدته هنا لدخوله تحت المحجور عليه فى كلامهم ، ولقول قاضيخان فى الحجر أن المحجور عليه بالسفه بمنزلة الصبى إلا فى أربعة فلاتلزمه عهدة كهو وظاهر كلام المصنف أن العهدة على المأذون مطلقا ، وفصل فى الذخيرة بين أن يكون وكيلا بالبيع فالعهدة عليه ، سواء باع بثمن حال أو مؤجل ، وبين أن يكون وكيلا بالشراء ، فإن كان بثمن مؤجل فهى على الموكل ، لأنه فى معنى الكفالة وإن كان بثمن حال فهى على الوكيل لكونه ضمان ثمن اه . وخالف فى الإيضاح : فيما إذا اشترى بثمن مؤجل فجعل الشراء له لا للموكل لا أن الشراء للموكل والعهدة عليه كما فى الذخيرة ، وإيضاحه فى الشرح : أى الزيلعى ، وقيد بقوله إن لم يكن محجورا لأن المحجور تتعلق الحقوق بموكله كالرسول والقاضى وأمينه ولو قبضه مع هذا صح قبضه لأنه هو العاقد فكان أصيلا فيه ، وانتفاء اللزوم لايدل على انتفاء الجواز ثم العبد إذا أعتق تلزمه تلك العهدة والصبى إذا بلغ لاتلزمه لأن المانع المولى مع أهليته . وقد زال وفى الصبى حق نفسه ، ولا يزول بالبلوغ ولو وقع التنازع فى كونه محجورا أو مأذونا حال كونه وكيلا لم أره .

وفى الخانية من الحجر : عبد اشترى من رجل شيئا فقال البائع : لا أسلم إليك المبيع لأنك محجور وقال العبد : أنا مأذون كان القول قول العبد ، فإن أقام البائع بينة على أن العبد أقر أنه محجور قبل أن يتقدم إلى القضاء بعد الشراء لم تقبل بينته ، ثم قال عبد باع من رجل شيئا ثم قال : هذا الذى بعتك لمولاى وأنا محجور وقال المشترى بل أنت مأذون كان القول قول المشترى ولا يقبل قول العبد اه .

وحاصلهما : أن القول لمن يدعى الإذن لأن الأصل النفاذ وإقدامهما يدل عليه ، ومن هنا يقع الفرق بينهما وبين ما إذا كان وكيلا ، فإن النفاذ حاصل بدون الإذن ولزوم العهدة بشىء آخر فينبغى أن يقبل قول العبد أنه محجور عليه لتنتفى العهدة عنه اه (قوله محجورا) صفة لهما وهو من باب التنازع يعنى بأن يكون كل واحد منهما محجورا وأفرده بالعطف بأو ، والأولى بالواو قال فى الإصلاح : وصبيا وعبدا محجورين وقدمنا عن ابن الكمال أنه قال وأما على قول الإمام ، فالشرط أن يكون التوكيل حاصلا بما يملكه الوكيل ، والعبد المحجور والصبى لايملكان التصرف ، فكيف صح توكيلهما ويجاب بأن العبد يملك التصرف لكمال أهليته ، وإنما يمتنع لأنه لامال له وتصرفه واقع فى مال مولاه ، فتوقف على إذن المولى ، لأنه لايتصرف فى ماله بدون إذنه ، فإذا كان من أهل التصرف جاز توكيله ، ولا ترجع الحقوق إليه لئلا يستضر به مولاه وكذا الصبى من أهل التصرف بصحة عبارته ، ووجود عقله إلا أنه يمتنع ذلك لقصور فى رأيه خشية أن يضر بنفسه فجاز أن يباشر العقد بغيره برأى ذلك الموكل ولا ترجع الحقوق إليه كذلك وفى الشمنى ، وعن أبى يوسف أن المشترى إذا لم يعلم بحال البائع ثم علم أنه صبى محجور أو عبد محجور له خيار الفسخ ، وإن كانا مأذونين لزمهما الثمن ورجعا به على الآمر استحسانا (قوله فلذا لم يقل ويقصده) أى البيع احترازا عن بيع الهازل والمكره كما ذكره صاحب الهداية .

قال يعقوب باشا بعد كلام : والأولى أن قوله ويقصده تأكيد لقوله يعقد والعطف عطف تفسير ، لأنه بالقصد يعلم كمال العقد كما لايخفى فليتأمل (قوله تبعا الكنز) مفعول لأجله عامله لم يقل أو حال من فاعله أى

ثم ذكر ضابط الموكل فيه فقال

حال كونه تابعا للكنز فى عدم القول أشار بهذا إلى ماوقع فى الهداية وغيرها من زيادة إنما هو للاحتراز عن بيع المكره ، والهازل فإنه لايقع عن الأمر .

قال فى البحر : هذا خارج عن المقصود لأن الكلام فى صحة التوكيل وهذا فى صحة بيع الوكيل فلذا تركه المصنف اه . وهذا معنى قول الشارح هنا تبعا للكنز أى تابعا للكنز فى تركه هذا القول (قوله ثم ذكر ضابط الموكل فيه) أى ماذكره المصنف ضابط لاحدّ فلا يرد عليه أن المسلم لايملك بيع الخمر ، ويملك تمليك الذمى به لأن إبطال القواعد بإبطال الطرد لا العكس ، ولا يبطل طرده عدم توكيل الذمى مسلما ببيع خمره وهو يملكه لأنه يملك التوصل به بتوكيل الذمى به فصدق الضابط ، لأنه لم يقل كل عقد يملكه يملك توكيل كل أحد به بل التوصل به فى الجملة ، وإنما يرد عليه توكيل الوكيل بلا إذن وتعميم ، فإنه يملك العقد الذى وكل به ، ولا يملك التوكيل به وأجابوا بأن المراد لنفسه لكن يرد عليه الأب والجد يملكان شراء مال ولده الصغير ولا يملكان التوكيل به كما فى السراج . وفى التبيين قبيل الغصب : إنه يصح فلا يرد .

قال شيخنا : ثم ظهر لى تسليم الورود وأنه لامخالفة بين مافى السراج والتبيين ، وذلك أن مافى السراج من أنه لايملك تملك مال ولده بالتوكيل بشرائه أى قصدا وما فى التبيين إنما ملك تملكه لكونه فى ضمن التوكيل ببيعه ، فملك الشراء ممن وكله بالبيع اه بأن قال الأب لشخص : وكلتك ببيع عبد ابنى منى ، ويرد عليه الاستقراض أيضا فإنه يباشره بنفسه لنفسه ، ولا يملك التوكيل به ، فيقع للوكيل والجواب منع عدم صحته به لما فى الخانية إن وكل بالاستقراض ، فإن أضاف الوكيل الاستقراض إلى الموكل كان للموكل وإلا كان للوكيل اه .

وفى البزازية : استقرض منه ألفا وأمره أن يعطيه رسوله فلانا ، وزعم المقرض الإعطاء ، وأقر الرسول أى بالقبض وأنكر المستقرض دفع المقرض لايلزم المستقرض شىء اه وهل يلزم الرسول الجواب لا لأنه أمين يقبل قوله فى حق براءة نفسه لا فى لزوم الدين ذمة المستقرض كرسول المديون بالدين إلى الدائن إذا أنكر وصوله إليه ، وادعى الرسول إيصاله إليه يقبل قوله فى حق براءة نفسه لا فى حق الدين تأمل ، ثم قال بعده : صح التوكيل بالإقراض لا بالاستقراض وفى القنية التوكيل بالاستقراض لايصح والتوكيل بقبض القرض يصح بأن يقول لرجل : أقرضنى ثم يوكل رجلا بقبضه يصح اه .

قال فى الحواشى اليعقوبية : ولا يرد الاستقراض ، لأن محل العقد من شروطه وليس بموجود فى التوكيل بالاستقراض ، لأن الدراهم التى يستقرضها الوكيل ملك المقرض ، والأمر بالتصرف فى ملك الغير باطل ، وهذا من باب التخلف لمانع وقيد عدم المانع فى الأحكام الكلية غير لازم ، وعن أبى يوسف أن التوكيل بالاستقراض جائز ، فعلى هذا لانقضى به على مذهبه فليتأمل اه .

قال فى أواخر الفصل التاسع والعشرين من نور العين : برمز جف بعث رجلا ليستقرضه فأقرضه فضاع فى يده ، فلو قال : أقرض للمرسل ضمن مرسله ، ولو قال : أقرضنى للمرسل ضمن رسوله .

والحاصل : أن التوكيل بالإقراض جائز لا بالاستقراض والرسالة بالاستقراض تجوز ولو أخرج وكيل الاستقراض كلامه مخرج الرسالة يقع القرض للآمر واو مخرج الوكالة بأن أضافه إلى نفسه يقع للوكيل وله منعه من آمره .

يقول الحقير : إنما لم يجوزوا التوكيل بالاستقراض ظنا أنه لامحل فيه لعقد الوكالة ، وقد أطال شراح الهداية

(بكل مايباشره) الموكل (بنفسه) لنفسه فشمل الخصومة فلذا قال (فصح بخصومة فى حقوق العباد برضا الخصم

الكلام فى هذا المقام ، وفى زمان تدريسى كنت كتبت فى هذا المبحث رسالة طويلة الذيول لطيفة بحيث قبلها كثير من الفحول وحاصلها أن محل العقد فيه عبارة الموكل كمافى التوكيل بالنكاح ونحوه مما يكون فيه الوكيل سفيرا محضا فلا بأس أصلا بأن تسمى الرسالة بالاستقراض وكالة كماتسمى الرسالة بالنكاح ، ونحوه وكالة ويؤيد ماذكرناه ماقال الإمام الكاشانى فى البدائع ويجوز التوكيل فى الاستقراض والقرض ، وماقال الإمام الزيلعى أيضا فى شرح الكنز ؛ وعند أبى يوسف أن التوكيل بالاستقراض جائز لايقال لو كان وكالة لما دفع للموكل فيما إذا أضافه إلى نفسه لأنا نقول حال الوكالة بالشراء أيضا كذلك ، لأن الوكيل بشراء شىء لابعينه إذا شراه يكون هو له إلا أن ينوى الشراء لموكله إذا العقد إلى دراهم موكله كما ذكره فى الهداية وغيرها والله تعالى أعلم انتهى (قوله بكل) متعلق بقول الماتن أول الباب التوكيل صحيح أى التوكيل صحيح بكل شىء يباشره الموكل ولما ورد عليه الوكيل ، فإنه ليس له أن يوكل غيره مع أنه يباشر بنفسه دفعه الشارح بقوله لنفسه (قوله لنفسه) جواب عما يقال إن الوكيل يملك التصرف فيما وكل فيه مع أنه لايملك التوكيل إلا بتفويض أو نص وحاصل الجواب أن الوكيل يملك التصرف لغيره لالنفسه ح .

فإن قلت : أنه يوكل بإذن مع أنه لايصدق عليه التعريف يجاب بأنه إذا وكل بإذن صار الوكيل الثانى وكيلا عن الموكل الأول والموكل الأول يباشر لنفسه وأورد على هذا القيد الأب والوصى ، إذا وكلا فى مال الصبى فإنه يصح مع أنهما يتصرفان فيه لغيرهما فراجع ويرد عليه الاستقراض ، فإنه يجوز أن يباشره لنفسه لالغيره ، ولا يجوز أن يوكل فيه غيره كما تقدم بيانه مفصلا .

والجواب : أن عقد القرض لايفيد الملك بمجرده بل لابد من القبض أيضا فلو صح التوكيل به لكان توكيلا بقبض مالم يملك للموكل ، وهو لايجوز وفى معين المفتى يشكل على الأصل المذكور أنه لايجوز توكيل الأب أنه يزوج بنته الصغيرة بأقل من مهر المثل كما فى القنية .

أقول : لاإشكال فإنه لم يوكله بأن يزوجها بأقل من مهر مثلها وإنما وكله بتزويجها فزوجها بأقل من مهر مثلها كما هو صريح عبارة القنية فتأمل ، وأورد أيضا أن المأذون بالنكاح يباشره لنفسه ، ومع ذلك ليس له أن يوكل غيره وأجيب بأنه وكيل عن سيده فى العقد (قوله فشمل الخصومة) تفريع على قوله بكل مايباشره ، وهو أولى من قول الكنز بكل مايعقده لشموله العقد وغيره كالخصومة والقبض كمافى البحر (قوله فصح بخصومة) هى فى لغة الجدل والخصم المخاصم والجمع خصوم وقد يكون للجمع والإثنين والمؤنث وفى الشرع الجواب بنعم أولا وفسرها فى الجوهرة بالدعوى الصحيحة أو الجواب الصريح (قوله فى حقوق العباد) شمل بعضها معينا وجميعها كما فى البحر وفيه عن منية المفتى ، ولو وكله فى الخصومة له لاعليه فله إثبات ماللموكل ، فلو أراد المدعى عليه الدفع لم يسمع وإذا أثبت الحق على الموكل لم يلزمه ولا يحبس عليه ، ولو كان وكيلا عاما لأنها لم تنتظم الأمر بالأداء ، ولا الضمان .

فالحاصل : أنها تتخصص بتخصيص الموكل وتعم بتعميمه ، ولا يقبل من الوكيل بينة على وكالته من غير خصم حاضر ولو قضى بها صح لأنه قضاء فى مختلف فيه وفيه عن البزازية ، ولو وكله بكل حق هو له وبخصومته فى كل حق له ولم يعين المخاصم به والمخاصم فيه جاز اه وتمامه فيه (قوله برضا الخصم) أطلق فيه فشمل الطالب والمطلوب كما شملهما الموكل والشريف والوضيع . قال الإمام قاضيخان : التوكيل بالخصومة لايجوز عند أبى حنيفة سواء كان التوكيل من قبل الطالب أو من قبل المطلوب اه .

وجوازه بلا رضاه وبه قالت الثلاثة وعليه فتوى أبي الليث وغيره واختاره العتابي وصححه في النهاية والمختار للفتوى تفويضه للحاكم درر

قال في البزازية : وأصله أن التوكيل بلا رضا الخصم من الصحيح المقيم طالبا كان أو مطلوبا وضيعا أو شريفا إذا لم يكن الموكل حاضرا في مجلس الحكم لايصح عند الإمام : أي لايجبر خصمه على قبول الوكالة وعندهما والشافعي يصح أي يجبر على قبوله وبه أفتى الفقيه ، وقال العتابي وهذا هو المختار وبه أخذ الصفار انتهى ويأتي تمامه :

أقول : ويقول أبي حنيفة أفتى الرملي قائلا ، وعليه المتون واختاره غير واحد والمحبوبي والنسفي وصدر الشريعة وأبو الفضل المعلى ورجح دليله في كل مصنف فلزم العمل به ولا سيما في هذا الزمان الفاسد كما في الخيرية .

أقول : لكن العمل الآن على صحة التوكيل وإن لم يرض به الخصم وبه صدر أمر السلطان نصره الرحمن كما في ١٥١٦ من المجلة (قوله وجوازه بلا رضاه) قال في الهداية : ولا خلاف في الجواز وإنما الخلاف في اللزوم ومعناه أنه إذا وكل من غير رضاه هل يرتد برده أو لا فعند أبي حنيفة نعم وعندهما لا ويجبر فعلى هذا يكون قوله لايجوز التوكيل بالخصومة إلا برضا الخصم مجازا لقوله ، ولا يلزم ذكر الجواز وأراد اللزوم فإن الجواز لازم للزوم ، فيكون ذكر اللازم وأراد الملزوم وفيه نظر لأنا لانسلم أن الجواز لازم للزوم عرف ذلك في أصول الفقه سلمناه ، لكن ذلك ليس بمجاز ، والحق أن قوله لايجوز التوكيل بالخصومة إلا برضا الخصم في قوة قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم ، بل إن رضي به الخصم صح ، وإلا فلا حاجة إلى قوله : ولا خلاف في الجواز وإلى التوجيه بجعله مجازا لها أن التوكيل تصرف في خالص حقه : أي في حق الموكل وهذا لأنه وكله إما بالجواب أو بالخصومة وكلاهما حق الموكل ، فإذا كان كذلك ، فلا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل بتقاضي الديون أي بقبض الديون ، لأنه وكله بالجواب والخصومة لدفع الخصم عن نفسه وذلك حقه لامحالة والتصرف في خالص حقه لايتوقف على رضا غيره كالتوكيل بالتقاضي أي بقبض الديون وإيفائها ، ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى أنا لا نسلم أنه تصرف في خالص حقه ، فإن الجواب مستحق على الخصم ، ولهذا يستحضره في مجلس القاضي والناس يتفاوتون في الخصومة وفي جوابها ، فرب إنسان يصوز الباطل بصورة الحق ، ورب إنسان لايمكنه تمشية الحق على وجهه فيحتمل أن الوكيل ممن له حذق في الخصومات فيتضرر بذلك الخصم ، فيشترط رضاه والمستحق للغير لايكون خالصا له سلمنا خلوصه له لكن تصرف الإنسان في خالص حقه إنما يصح إذا لم يتضرر به غيره ، وههنا ليس كذلك ، لأن الناس متفاوتون في الخصومة . فلو قلنا بلزومه : أي التوكيل بالخصومة لتضرر به الخصم ، فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك إذا كاتبه أحد الشريكين فإنها تتوقف على رضا الآخر وإن كان تصرفا في خالص حقه لمكان ضرر الشريك الآخر بين أن يرضى به وبين أن يفسخه دفعا للضرر عنه ، فيتخير بين القضاء والفسخ ، وعلى هذا فإذا كانت الوكالة برضا الخصم كانت لازمة بالاتفاق ، فلا ترتد برد الخصم ويلزمه الحضور . والجواب بخصومة الوكيل وإذا كانت بلا رضاه صحت ، ولكن يقبل عند الإمام الارتداد برده ولا يلزمه الحضور والجواب بخصومة الوكيل كما في الشروح (قوله والمختار للفتوى تفويضه للحاكم) أي القاضي بحيث أنه إذا علم من الخصم التعنت في الإباء عن قبول التوكيل ، لايمكنه من ذلك وإن علم من الموكل قصد الإضرار لخصمه بالحيل كما هو صنيع وكلاء المحكمة

(إلا أن يكون) الموكل (مريضا) لايمكنه حضور مجلس الحكم بقدميه ابن كمال (أو غائبا مدة سفر أومريدا له) ويكفى قوله أنا أريد السفر ابن كمال

لايقبل منه التوكيل إلا برضاه وهو اختيار شمس الأئمة السرخسى ، كذا فى الكافى ونحوه فى الزيلعى ، وزاد فى معراج الدراية وبه أخذ الصفار وقال الإمام السرخسى : إذا علم القاضى التعنت من المدعى فى إباء التوكيل يفتى بالقبول بغير رضاه وهو الصحيح وفى الخلاصة قال شمس الأئمة الحلوانى فى أدب القاضى المفتى مخير فى هذه المسألة إن شاء أفتى بقول أبى حنيفة رحمه الله تعالى ، وإن شاء أفتى بقولهما ، ونحن نفتى أن الرأى إلى القاضى اه هذا فى قضاتهم لما علموا من أحوالهم من الصلاح والدين أما قضاة زماننا ، فلا يلاحظون ماقالوه بيقين ، بل قصدهم حصول المحصول . ولو علموا من الوكيل التزوير والإضرار فى الدعوى وفى غاية البيان الأولى أن لايحضر مجلس الخصومة بنفسه عندنا ، وعند العامة وقال البعض الأولى أن يحضر بنفسه لأن الامتناع من الحضور إلى مجلس القاضى من علامات المنافقين والجواب الرد من المنافقين والإجابة من المؤمنين اعتقادا اه .

وفى خزانة المفتين : وإذا وكله بالخصومة عند القاضى فلان كان للوكيل أن يخاصمه إلى قاض آخر ولو وكله بالخصومة إلى فلان الفقيه لم يكن له أن يخاصمه إلى فقيه آخر اه .

أقول : وكأن وجهه أنه جعل هذا الفقيه حكما فلا يكون الآخر حكما بدون أمره بخلاف القاضى الآخر فإن ولايته ثابتة وإن لم يأمر تأمل (قوله إلا أن يكون الموكل مريضا) أى فيلزم التوكيل من غير رضا الخصم ووجه لزوم التوكيل بلا توقف على رضا الخصم إذا وجد عذر من مرض ونحوه أن جواب خصمه حينئذ غير مستحق عليه أبو السعود (قوله لا يمكنه حضور مجلس الحكم بقدميه) سواء كان مدعيا أو مدعى عليه ، وإن قدر على الخصومة على ظهر دابة أو إنسان ، فإن زاد مرضه بذلك لزم توكيله فإن لم يزدد فالصحيح لزومه بزازية وفى الجوهرة أما المريض الذى لا يمنعه المرض من الحضور وهو كالصحيح اه فالمفهوم فيه تفصيل ط لكن فى الشمنى ومنلا مسكين : يلزم منه بلا رضاه وإن كان لا يزيده الركوب مرضا فى الأصح وظاهره المخالفة لما فى البزازية ، ووجه المخالفة ما ذكره السيد الحموى حيث قال : وظاهره أنه لو لم يزد مرضه بالركوب لا يصح توكيله .

قلت : هذا الظاهر إنما يتم لو كان المراد بالصحيح ما قابل الفاسد ولا يتعين إذ يحتمل أن يراد به ما قابل الأصح وعليه فلا تخالف ألا ترى إلى ما ذكره فى العناية فى بحث الاختلاف بين الرازى والكرخى فيما إذا اختلف الزوجان فى المهر ، فإنهما لا يتحالفان فى الوجوه كلها أى فيما إذا شهد مهر المثل له أولها أولم يشهد لواحد منهما واختلف شراح الهداية فى الترجيح فى النهاية ذكر أن قول الرازى أصح وغيره من الشارحين ذكر أن قول الكرخى هو الصحيح ، فقال فى العناية : إن أرادوا بقولهم هو الصحيح أن غيره يجوز أن يكون أصلح فلا كلام وإن أرادوا أن غيره فاسد فالحق ماقاله فى النهاية الخ (قوله أو غائبا مدة سفر) قيد بمدة السفر لأن مادونها كالحاضر كذا فى الجوهرة :

وفى المحيط : إن كان الموكل مريضا أو مسافرا ، فالتوكيل منهما لايلزم بدون رضا الخصم بل يقال للمدعى إن شئت جواب خصمك فاصبر حتى يرتفع العذر ، وإن لم تصبر فسبيلك الرضا بالتوكيل ، فإذا رضى لزمه التوكيل برضاه فى ظاهر الرواية اه وهو خاص بتوكيل المدعى كما لا يخفى بحر (قوله أو مريدا له الخ) قال

أو مخدرة) لم تخالط الرجال كما مر (أو حائضا) أو نفساء (والحاكم بالمسجد) إذا لم يرض الطالب بالتأخير بحر (أو محبوسا من غير حاكم) هذه (الخصومة) فلو منه فليس بعذر

فى البحر وإرادة السفر أمر باطنى فلا بد من دليلها وهو إما تصديق الخصم بها أو القرينة الظاهرة ، ولا يقبل قوله إنى أريد السفر لكن القاضى ينظر فى حاله وفى عدته فإنها لا تخفى هيئة من يسافر كذا ذكره الشارح وفى البزازية ، وإن قال أخرج بالقافلة الفلانية سأل عنه كما فى فسخ الإجارة اه وفى خزانة المفتين وإن كذبه الخصم فى إرادته السفر يحلفه القاضى بالله أنك تريد السفر اه والمتأخرون من أصحابنا اختاروا للفتوى أن القاضى إن علم التعنت من إبائه من قبول التوكيل لا يمكنه من ذلك وإن علم من الموكل قصد الإضرار بالخصم لا يقبل منه التوكيل إلا برضاه فقول الشارح بعد ، ويكفى قوله إذا أريد السفر محمول على ما إذا صدقه الخصم (قوله أو مخدرة) فإنه يلزم التوكيل منها كما قاله الإمام الكبير أبو بكر الجصاص أحمد بن على الرازى ، لأنها لو حضرت لم تستطع أن تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها أو يضيع حقها . قال المصنف : وهذا شىء استحسنه المتأخرون يعنى أما على ظاهر إطلاق الأصل وغيره عن أبى حنيفة لا فرق بين البكر والثيب المخدرة والبرزة والفتوى على ما اختاروه من ذلك ، وحينئذ فتخصيص الإمام الرازى ثم تعميم المتأخرين ، ليس إلا لفائدة أنه المبتدىء بتفريع ذلك وتبعوه كذا فى الفتح ، والمخدرة لغة : من الخدر كالأخدار والتخادير بفتح الخاء الزام البنت الخدر بكسر الخاء وهو ستر يمد للجارية فى ناحية البيت وهى مخدورة ومخدرة ، وفى الشرع . هى التى لم تجر عادتها بالبروز ومخالطة الرجال قال الحلوانى : والتى تخرج فى حوائجها برزة وذكر فى النهاية فى تفسيرها عن البزدوى أنها التى لا يراها غير المحارم من الرجال ، أما التى جلبت على المنصة فرآها الرجال لا تكون مخدرة قال فى الفتح : وليس هذا بحق بل ما ذكره المصنف من قوله : وهى التى لم تجر عادتها بالبروز فأما حديث المنصة فقد يكون عادة للعوام فيفعله بها والدها ثم لم (١) يعد لها بروز ومخالطة فى قضاء حوائجها بل يفعله لها غيرها ازم توكيلها لأن فى إلزامها بالجواب تضييع حقها ، وهذا شىء استحسنه المتأخرون وعليه الفتوى ، ثم إذا وكلت فلزمها يمين بعث الحاكم إليها ثلاثة من العدول يستحلفها أحدهم ويشهد الآخران على يمينها أو نكولها اه (قوله لم تخالط الرجال) أى لغير حاجة ، لأن الخروج للحاجة التى لا تخرج عن التخدير يلزمه مخالطة الرجال غالبا والخروج للحاجة لا يقدح فى تخديرها مالم يكثر بأن تخرج لغير حاجة بزازية ، وفيها والتى تخرج إلى حوائجها والحمام مخدرة إذا لم تخالط الرجال على ما ذكره فى الفتوى وكلام الحلوانى هذا محمول على المخالطة بالرجال اه وليس للطالب مخاصمة مع زوجها ، ولكن لا يمنعه الزوج من الخصومة مع وكيل امرأته أو معها كذا فى خزانة المفتين ولو اختلفا فى كونها مخدرة ، فإن كانت من بنات الأشراف فالقول لها بكرا أو ثيبا لأنه الظاهر من حالها وفى الأوساط قولها لو بكرا وفى الأسافل لا يقبل قولها فى الوجهين كذا فى البحر ، ومثله فى البزازيه وسيأتى فى كلام المصنف قريبا (قوله كما مر) أى فى باب الشهادة على الشهادة من أنها التى لا تخالط الرجال وإن خرجت لحاجة وحمام (قوله أو حائضا أو نفساء الخ) قال فى خزانة المفتين ومن الأعذار الحيض أو النفاس إذا كان القاضى يقضى فى المسجد وهذه المسئلة على وجهين إما أن تكون طالبة أو مطلوبة فإن كانت طالبة قبل منها التوكيل وإن كانت مطلوبة إن أخرها الطالب حتى يخرج القاضى من المسجد ، لا يقبل منها التوكيل بغير رضا الخصم الطالب ، لأنه لا عذر لها إلى التوكيل ، وإن لم يؤخرها قبل منها التوكيل اه بزيادة من الجوهرة (قوله إذا لم يرض الطالب بالتأخير) أما إذا رضى به فلا يكون عذرا (قوله فلو منه فليس بعذر) لأنه يخرجه فيجيب

---

(١) (قوله ثم لم) كذا بالأصل ولعله ثم إن لم تأمل اه مصححه .

بزازية بحثا (أو لا يحسن الدعوى) خانية (لا) يكون من الأعذار (إن كان الموكل شريفا خاصم من دونه) بل الشريف وغيره سواء بحر (وله الرجوع عن الرضا قبل سماع الحاكم الدعوى) لا بعده

عن الدعوى ، ثم يعاد ولو مدعيا يدعى إن لم يؤخر دعواه ثم يعاد اه بحر (قوله بزازية بحثا) عبارتها وكونه محبوسا من الأعذار يلزمه توكيله ، فعلى هذا لو كان الشاهد محبوسا له أن يشهد على شهادته .

قال القاضي : إن في سجن القاضي لايكون عذرا لأنه يخرجه حتى يشهد، ثم يعيدوه على هذا يمكن أن يقال فى الدعوى أيضا كذلك بأن يجيب عن الدعوى ثم يعاد اه .

قلت : ولا يخفى أنه مفهوم عبارة المصنف وهى ليست من عنده بل واقعة فى كلام غيره والمفاهيم حجة . بل صرح به فى الفتح حيث قال : ولو كان الموكل محبوسا فعلى وجهين إن كان فى حبس هذا القاضى لايقبل التوكيل بلا رضاه لأن القاضى يخرجه من السجن ليخاصم ثم يعيده . وإن كان فى حبس الوالى ولا يمكنه من الخروج للخصومة يقبل منه التوكيل اه .

أقول : وفى زماننا لايمنع الوالى من حبس فى محبسه من الخروج لخصومة له أو عليه عند القاضى بل يخرج مع محافظ فى كل وقت طلبه القاضى ويعود للحبس على أنه صار المحبس واحدا (قوله أو لايحسن الدعوى) بأن علم القاضى أنه عاجز عن بيان الخصومة بنفسه (قوله خانية) عبارتها : ويجوز للمرأة المخدرة أن توكل ، وهى التى لم تخالط الرجال بكرا كانت أو ثيبا كذا ذكر أبو بكر الرازى ، وعليه الفتوى . وكذا إذا علم القاضى أن الموكل عاجز عن البيان فى الخصومة بنفسه يقبل منه التوكيل .

[تتمة] : يلزم التوكيل إذا كان الموكل حاضرا مع الوكيل فى المجلس . وطريق إثبات الوكالة بالخصومة أن يشهدوا بها على غريم الموكل سواء كان منكرا للوكالة أو مقرا بها ليتعدى إلى غيره . كما فى الخزانة . ولا تقبل الشهادة على المال حتى تثبت الوكالة . وفى القنية : لاتقبل من الوكيل بالخصومة بينة على وكالته من غير خصم حاضر ولو قضى بها صح لأنه قضاء فى المختلف اه .

قال قاضيخان : وكله بقبض فأقر المديون بوكالته ، وأنكر الدين فبرهن عليه الوكيل لايقبل إذ البينة لاتقبل إلا على خصم ، وبإقرار المديون لم تثبت الوكالة فلم يكن خصما ألا ترى أنه لو أقر بالوكالة فقال الوكيل : إنى أبرهن على وكالتى مخافة أن يحضر الطالب ، وينكر الوكالة تقبل بينته ولو قامت على المقر . وكذا وصى أقر المديون بوصايته ، وأنكر الدين فأثبت الوصى وصايته ببينة تقبل وكذا من ادعى دينا على الميت . وأحضر وارثا فأقر الوارث بالدين فقال المدعى : أنا أثبت ببينة فبرهن يقبل نور العين . وفى التنقيح فى صك كتب فيه أقر زيد وجماعة من أهالى قرية كذا فزيد بالأصالة عن نفسه وبالوكالة عن جماعة آخرين من أهل القرية بشهادة فلان وفلان ، والجماعة الأولون عن أنفسهم أن عليهم ، وعلى الموكلين لعمرو مبلغا قدره من الدراهم كذا مؤجلا إلى كذا وصدر ذلك لدى حاكم شرعى لم يثبت التوكيل المزبور لديه فى وجه خصم شرعى ، ثم حل الأجل وطلب عمرو المبلغ من الأصلاء والموكلين وهم يجحدون التوكيل فى ذلك فكيف الحكم .

فأجاب : حيث أنكروا التوكيل المذكور على الوجه المزبور فلا عبرة بمضمون الصك المرقوم فى ثبوت التوكيل بل لابد من إثباته بوجهه الشرعى ، والحالة هذه والله تعالى أعلم ثم قال بعد كلام ، ولا عبرة بشهادة شهود الوكالة لكونها فى غير وجه خصم قال فى الكافى فى كتاب الشهادات لايجوز إثبات الوكالة والولاية بلا خصم حاضر اه (قوله بل الشريف وغيره سواء بحر) عن خزانة المفتين (قوله وله) أى للمدعى عليه

قنية (ولو اختلفا فى كونها مخدرة إن من بنات الأشراف فالقول لها مطلقا) ولو ثيبا فيرسل أمينه ليحلفها مع شاهدين بحر وأقره المصنف (وإن من الأوساط فالقول لها لو بكرا وإن) هى (من الأسافل فلا فى الوجهين) عملا بالظاهر بزازية (و) صح (بإيفائها و) كذا بـ (استيفائها ،

الرجوع عن الرضا ، ولو بعد مدة والتقييد باليوم فى القنية اتفاقى كما نبه عليه صاحب البحر (قوله قنية) عبارتها لو رضى ثم مضى يوم وقال : لا أرضى له ذلك انتهى وذكره فى شرح المجمع معزيا إليها .

قال فى البحر : والتقييد باليوم اتفاقى وإنما المقصود أن له الرجوع عن الرضا مالم يسمع القاضى الدعوى لما فى القنية أيضا : لو ادعى وكيل المدعى عند القاضى ، ثم أتى بشهود ليقيمها ، ولم يرض الخصم أى المدعى عليه بالوكيل ، ويريد أن يخاصم مع الخصم ليس له ذلك بعد سماع الدعوى على أصل أبى حنيفة . وفى البزازية : ولو وكله بكل حق هو له وبخصومته فى كل حق له ولم يعين المخاصم به والمخاصم فيه جاز اه وإذا وكله بقبض كل حق يحدث له والخصومة فيه جائز أمره فإنه يدخل فيه الدين والوديعة والعارية وكل حق ملكه . أما النفقة فمن الحقوق التى لا يملكها كذا فى الخزانة (قوله ولو اختلفا الخ) أى ولا بينة (قوله إن من بنات الأشراف) أى شرف نسب أو علم ويلحق بذلك بنات الصلحاء والأمراء والأغنياء (قوله فالقول لها مطلقا) أى سواء كانت بكرا أو ثيبا لأنه الظاهر من حالها منح (قوله فيرسل أمينه) أى القاضى يعنى إذا قبل توكيلها ، وتوجه عليه اليمين يرسل أمينه الخ قال فى الفتح : ثم إذا وكلت فلزمها يمين بعث الحاكم إليها ثلاثة من العدول يستحلفها أحدهم ، ويشهد الآخران على يمينها أو نكولها .

وفى أدب القاضى للصدر الشهيد : إذا كان المدعى عليه مريضا أو مخدرة وهى التى لم يعهد لها خروج إلا لضرورة فإن كان القاضى مأذونا بالاستخلاف بعث نائبا يفصل الخصومة هناك ، وإن لم يكن بعث أمينا وشاهدين يعرفان المرأة والمريض فإن بعثهما ليشهدا على إقرار كل منهما أو إنكاره مع الأمين لينقلاه إلى القاضى ، ولابد للشهادة من المعرفة فإذا شهدا عليها قال الأمين : وكل من يحضر خصمك مجلس الحكم فيحضر وكيله ، ويشهدان عند القاضى بإقراره أو نكوله لتقام البينة على ذلك الوكيل ، ولو توجه يمين على إحداهما عرضه الأمين عليه ، فإن أبى الحلف عرضه ثلاثا فإذا نكل أمره أن يوكل من يحضر المجلس ، ليشهدا على نكوله بحضرته ، فإذا شهدا بنكوله حكم القاضى عليه بالدعوى بنكوله : قال السرخسى . هذا اختيار صاحب الكتاب ، فإنه لا يشترط للقضاء بالنكول أن يكون على أثر النكول فأما غيره من المشايخ فشرطوه ، فلا يمكن القضاء بذلك النكول فقال بعضهم : الأمين يحكم عليها بالنكول ، ثم ينقله الشاهدان إلى القاضى مع وكيلهما فيمضيه القاضى ، وقال بعضهم : يقول القاضى للمدعى أتريد حكما يحكم بينكما بذلك ثمة ، فإذا رضى بعث أمينا بالتحكيم إلى الخصم يخبره بذلك فإذا رضى بحكمه وحكم فإن كان مما لا اختلاف فيه نفذ ، وإن كان فيه خلاف توقف على إمضاء القاضى والقضاء بالنكول مختلف فيه فإذا أمضاه نفذ على الكل انتهى (قوله فى الوجهين) أى فيم إذا كانت بكرا أو ثيبا لأن الظاهر غير شاهد لها (قوله عملا بالظاهر) علة لجميع المسائل ، وانظر هل المراد بالشرف العرفى فيدخل أغنياء الدنيا فإنهن بغناهن مصونات عن الخروج ، وإن لم تكن من بنات العلماء ولا آل البيت الظاهر نعم ط (قوله وصح بإيفائها) أى حقوق العباد أى يصح التوكيل بإيفاء جميع الحقوق ، واستيفائها إلا فى الحدود والقصاص ، لأن لكل منهما مباشرة الموكل بنفسه ، فيملك التوكيل به بخلاف الحدود والقصاص فإنها تندرئ بالشبهات ، والمراد بالإيفاء هنا دفع ما عليه وبالإستيفاء القبض ، فيكون معناه صح التوكيل بدفع ما عليه وبقبض ماله منح (قوله وكذا باستيفائها) قال فى المنح : المراد بالإيفاء هنا دفع ما عليه وبالإستيفاء القبض فيكون معناه صح التوكيل بدفع ما عليه ؛ وبقبض ماله قاله فى البحر .

: . : . : . : . : . : . : . : . : . : . : . : . : . :

أما الأول : فمن مسائله قالوا لو وكله بقضاء الدين وكله بأن يدفع الوكيل من مال نفسه إلى دائن الموكل ؛ فجاء الوكيل وزعم قضاءه وصدقه موكله فيه فلما طالبه وكيله برد ماقضاه لأجله قال الموكل أخاف أن يحضر الدائن وينكر قضاء وكيلي ؛ ويأخذه منى ثانيا لايلتفت إلى قول الموكل ؛ ويؤمر بالخروج عن حق وكيله فإذا حضر الدائن . وأخذ من الموكل يرجع الموكل على الوكيل بما دفعه إليه ، وإن كان صدقه بالقضاء اه وتمامه فيه قال العلامة الحموى نقلا عن العلامة المقدسى : هذا إذا قال : أخاف أن ينكر الدائن القبض فلو قال الدائن : أنكر القبض وطالبنى ، هل يكون كما قال : أخاف أو يتوقف ينبغى أنه إن برهن على إنكاره يرجع وإلا فلا لأن الوكيل يبرأ بحلفه كما ذكره فى الكافى اه أما لودفع إليه دراهم وقال له : اقض بها دينى الذى لزيد فادعى الوكيل الدفع إلى زيد الدائن وكذبه كل من الموكل والدائن فالقول للوكيل فى براءة نفسه بيمينه ، والقول للدائن فى إنكاره القبض بيمينه أيضا كما فى فتاوى قارئ الهداية . وفى البحر أيضا وفى كتاب الحوالة : أمره بقضاء دينه أى من مال نفسه أى مال الوكيل فقال : قضيت وصدقه الآمر فيه ثم حلف الدائن على عدم وصوله إليه ، وأخذه من الآمر لايرجع المأمور بما قضاه بمال نفسه على الآمر لأن الآمر كذب فى إقراره حيث قضى عليه بالدين لأن الإقرار إنما يبطل بالحكم على خلافه إذا كان الحكم بالبينة أما بغيرها فلا والصحيح أنه يعلل لعدم رجوع المأمور على الآمر إن المأمور وكيل بشراء مافى ذمة الآمر بمثله ، ونقد الثمن من مال نفسه ، وإنما يرجع على الآمر إذا سلم له ما فى ذمته كالمشترى إنما يؤمر بتسليم الثمن إلى الآمر إذا سلم الآمر مااشتراه . أما إذا لم يسلم فلا وذكر القدورى أن رب الدين يرجع على المأمور والمأمور يرجع على المديون بما قضى قال : قضيت دينك بأمرك لفلان فأنكر كونه مديون فلان ، وأمره وقضاءه أيضا والدائن غائب ، فبرهن المأمور على الدين والآمر والقضاء يحكم بالكل ، لأن الدائن وإن غائبا لكنه عنه خصم حاضر ، فإن المدعى على الغائب سبب لما يدعى على الحاضر ، لأنه مالم يقض دينه لا يجب له عليه شىء وبينهما اتصال أيضا ، وهو الأمر وبعد السببية والاتصال ينتصب خصما ، ولو قال : لا تدفع الدين إلا بمحضر فلان ففعل بلا محضره ضمن كذا فى البزازية ، ولوادعى الوكيل أنه دفع بمحضره أو قال : لا تدفع إلا بشهود فادعى دفعه بشهود ، وأنكر الدائن القبض حلف الوكيل أنه دفع بشهود ، فإذا حلف لم يضمن كذا فى كافى الحاكم ولو قال : ادفعه بشهود فدفع بغيرهم لم يضمن قال فى التتارخانية فى أواخر الفصل الحادى عشر عازيا للمحيط : نوع آخر فيما إذا حصل التوكيل بشرط مايجب اعتباره ، ومالايجب الأصل فى هذا النوع أن الموكل إذا شرط على الوكيل شرطا مفيدا من كل وجه بأن كان ينفعه من كل وجه ، فإنه يجب على الوكيل مراعاة شرطه أكده بالنفى ، أو لم يؤكده بيانه فيما إذا قال بعه بخيار فباعه بغير خيار لايجوز ، وإن شرط فى العقد شرطا لا يفيد أصلا بأن كان لا ينفعه بوجه ، بل يضره لا يجب على الوكيل مراعاته أكده الموكل بالنفى ، أو لم يؤكده بيانه فيما إذا قال : بعه بألف نسيئة أو قال : لاتبعه إلا بألف نسيئة .فباعه بألف نقدا يجوز على الأمر ، فإذا شرط شرطا يفيد من وجه ولا يفيدمن وجه بأن كان ينفع من وجه ولا ينفع من وجه إن أكده بالنفى يجب مراعاته ، وإن لم يؤكده بالنفى لايجب مراعاته .

بيانه : فيما إذا قال بعه فى سوق كذا فباعه فى سوق آخر ، فإن لم يؤكده بالنفى بأن لم يقل لا تبعه إلا فى سوق كذا ، فباعه فى سوق آخر ينفذ على الآمر ، وإن أكده بالنفى لا ينفذ على الآمر كافى ولو قال : بعه فى السوق لا ينفذ به ، حتى لو باع فى داره جاز وعند زفر لا يجوز م .

إلا فى حد وقود

وإذا عرفنا هذه الجملة جئنا إلى تخريج المسائل فنقول : إذا أمره أن يبيع ويشهد على بيعه فإن لم يؤكده بالنفى بأن قال : بع وأشهد فباع ولم يشهد جاز وإن أكده بالنفى بأن قال : لا تبع إلا بالمشهود فباع ولم يشهد لا يجوز وإذا أمره أن يبيع برهن أو كفيل فباع من غير رهن أو من غير كفيل لا يجوز أكده بالنفى أو لم يؤكده وإذا قال : برهن ثقة لم يجز إلا برهن يكون بقيمته وفاء بالثمن أو تكون قيمته أقل مقدار ما يتغابن الناس فيه، وإذا أطلق جاز برهن قليل وعندهما لا يجوز إلا بنقصان لا يغتابن الناس فيه ، وتمام التفاريع فيها فراجعها ، وأما الثانى : أعنى الوكيل بقبض الدين فيقبل قوله فى قبضه وضياعه ودفعه إلى الموكل ، ويبرأ الغريم ولو كان ممن لا تقبل شهادته للوكيل بخلاف إقراره بقبض الطالب ، ولو وجب على الوكيل بالقبض مثله لمديون موكله وقعت المقاصة ، وكان الوكيل مديون الموكل ، ولا يملك الوكيل بقبضه الإبراء والهبة ، وأخذ الرهن وملك أخذ الكفيل ، بخلاف الوكيل بالبيع حيث ملك الكل وليس للوكيل بالقبض قبول الحوالة ، ويصح التوكيل بالقبض والقضاء بلا رضا الخصم ولا ينعزل بموت المطلوب ، وينعزل بموت الطالب . فلو زعم الوكيل قبضه وتسليمه إلى الطالب حال حياته لم يصدق بلا حجة فإن احتال الطالب بالمال بعد التوكيل على إنسان ليس للوكيل أن يطالب المحيل . والمحتال ، فلو توى المال على المحال عليه وعاد الدين على المحيل فالوكيل يملك الطلب ، ولو كان بالمال كفيل أو أخذ الطالب كفيلا بعد التوكيل ليس للوكيل أن يتقاضى الكفيل ، وللوكيل بالقبض قبض بعضه إلا إذا نص على أن لا يقبض إلا الكل معا اه . ما فى البزازية لكن قال فى الأشباه : كل أمين ادعى إيصال الأمانة إلى مستحقها قبل قوله كالمودع والوكيل والناظر إلا فى الوكيل بقبض الدين إذا ادعى بعد موت الموكل أنه قبضه ودفعه له فى حياته لم يقبل إلا ببينة بخلاف الوكيل بقبض العين والفرق فى الولوالجية اه .

وأقول : تعقبه الشرنبلالى أخذا من كلام الولوالجية وغيرها من كتب المذهب بأن دعوى الوكيل الإيصال تقبل لبراءته بكل حال ، وأما سراية قوله على موكله ليبرأ غريمه ، فهو خاص بما إذا ادعى الوكيل حال حياة موكله ، وأما بعد موته فلا تثبت براءة الغريم إلا ببينة أو تصديق الورثة إلى آخر ما ذكره فى الرسالة المسماة [بمنة الجليل فى قبول قول الوكيل] كذا فى حاشية أبى السعود .

قلت : وللعلامة المقدسى أيضا رسالة فى هذه المسألة ذكرها الشرنبلالى فى مجموعة رسائله عقب الرسالة التى ألفها واستشهد بها على ما ادعاه فارجع إلى تلك الرسالتين ، فقد أشبعنا الكلام فيهما جزاهما الله تعالى خيرا .

والحاصل : أن الوكيل بقبض الدين يخالف الوكيل بالبيع وقبض الثمن فى مسائل ، فلو كفل الوكيل بقبض الثمن المشترى صحت ، ولو كفل الوكيل بالبيع لم تصح كما فى الخانية وتقبل شهادة الوكيل بقبض الدين به على المديون كما فى شهادة البزازية بخلاف الوكيل بالبيع ، ولو باع الوكيل وقبض الثمن ثم رد المبيع بعيب بعد ما دفع الثمن للموكل ، فللمشترى مطالبة الوكيل بخلاف الوكيل بقبض الثمن لا مطالبة عليه كما فى القنية ولا يصح إبراء الوكيل بالقبض ولا حطه ولا أخذه الرهن ولا تأجيله ولا قبول الحوالة بخلاف الوكيل بالبيع (قوله إلا فى حد وقود) أى قصاص فى نفس أو ما دونها وهذا استثناء من قوله : وبإيفائها واستيفائها وقوله بغيبة موكله قيد للثانى فقط ، كما نبه عليه فى البحر . لكن ظاهر كلام الزيلعى ، وصريح كلام العينى ، والفتح قصر المستثنى منه على الاستيفاء حيث قال : وهو استثناء من قوله واستيفائها لا من قوله : وصح التوكيل لأن التوكيل

بغيبة موكله عن المجلس ملتقى (وحقوق عقد لابد من إضافته) أى ذلك العقد

بإثباتهما جائز ، ولكن لا يجوز استيفاؤهما إن غاب الموكل ووجه العدول عما هو الظاهر من كون الاستثناء من كل من الإيفاء والإستيفاء، أن الإيفاء تسليم ظهر القاذف وتسليم نفس الجانى ، وهذا لا يتصور الوكالة فيه كما نقله السيد الحموى عن شرح النقاية آخرا ، لكن نقل أولا عن شرح الطحاوى وما يخالف ذلك ، وأن الاستثناء من كل منهما لكن فى الإيفاء على إطلاقه وفى الإستيفاء إن غاب الموكل عن المجلس ، أما إذا كان حاضرا وأمر باستيفائه فإنه يجوز اه .

واعلم أن ظاهر ما سبق عن العينى صحة التوكيل بإثبات الحد مطلقا ، وليس كذلك كما قدمناه ، وقدمنا أن ما ذكره الزيلعى من صحة التوكيل بإثبات حد السرقة مخالف لما ذكره قاضيخان بقوله : رجل وكل رجلا بإثبات السرقة إن كان الوكيل يريد القطع كان باطلا ، وإن كان يريد المال فهو مقبول وهو كما لو طلب المسروق منه أن يحلف السارق يقول له القاضى تريد المال أو القطع إن قال : أريد المال حلفه وإن قال أريد القطع لا يحلفه الخ اللهم إلا أن يحمل كلام الزيلعى على ما إذا كان الموكل لا يريد القطع بالمال .

واعلم أن جواز التوكيل بإثبات القذف مذهب الإمام ومنعه أبو يوسف وقول محمد مضطرب ، وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد والقصاص غير أن الوكيل لا يقبل عليه لأن فيه شبهة عدم الأمر به وغير خاف أن قصر الاستثناء على الحد والقود يشعر بصحة التوكيل بإثبات التعزير وبه صرح القهستانى عن شرح الطحاوى (قوله بغيبة موكله عن المجلس) هو قيد للاستيفاء فقط إذ الموكل لو كان حاضرا وأمر باستيفائهما يجوز كما فى شرح الطحاوى وغيره ، وعلله فى غاية البيان باحتمال العفو المندوب إليه بخلاف حال حضرته لانعدام الشبهة ، وبخلاف حال غيبة الشهود حيث يستوفيان حال غيبتهم وإن كان رجوعهم محتملا ، لأن الظاهر عدمه احترازا عن الكذب والفسق ، ولم يذكر المؤلف التوكيل بإثباتهما لدخولها تحت قوله : فصح بخصومة لأن التوكيل بإثباتهما هو التوكيل بالخصومة فيهما ، فهو جائز خلافا لأبى يوسف كما فى العينى : أما التوكيل بإثبات حد الزنا والشرب فباطل اتفاقا إذ لاحق لأحد فيه ، بل تقام البينة حسبة وأما التوكيل باستيفاء التعزير ، فيجوز مطلقا لأنه حق العبد ولا يسقط بشبهة (قوله وحقوق عقد) مبتدأ خبره قوله تتعلق به ، وجملة قوله لابد من إضافته فى محل جر صفة قوله عقد ، والمراد بالإضافة المعنى اللغوى وهو الإسناد بأن يقول بعت أجرت صالحت (قوله لابد من إضافته إلى الوكيل الخ) قال فى البحر والمراد فيما يضيفه الوكيل فى كل عقد لابد من إضافته إليه لينفذ على الموكل ، وليس المراد ظاهر العبارة من أنه قد يضيفه ، وقد لا يضيفه فإن أضافه إلى نفسه تتعلق بالوكيل ، وإن أضافه إلى موكله تتعلق بالموكل كما فهمه ابن ملك فى شرح المجمع لما فى الخلاصة والبزازية وكيل شراء العبد جاء إلى مالكه فقال : بعت هذا العبد من الموكل وقال الوكيل : قبلت لايلزم الموكل لأنه خالف حيث أمره أن لا ترجع إليه العهدة وقد رجع .

قال أبو القاسم الصفار : والصحيح أن الوكيل يصير فضوليا ويتوقف العقد على إجازة الموكل اه . وفى المجمع : وتعلق حقوق العقد فيما يضاف إلى الوكيل به .

قال ابن ملك : قيد بقوله فيما يضاف إلى الوكيل ، لأن الوكيل بالبيع والشراء لو أضاف العقد إلى الموكل ترجع حقوق العقد إلى الموكل اتفاقا كذا فى الفصول اه . فقد ادعي الاتفاق مستندا للفصول فكيف يكون مجرد فهم منه فتأمل .

: : . . . . : : . . . . : :

وفى المجتبى : كل عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه أراد به أن تصح إضافته إلى نفسه ويستغنى عن إضافته إلى الموكل لا أنه شرط ، ولهذا لو أضاف الوكيل بالشراء الشراء إلى الموكل صح بالإجماع ، وقوله : وكل عقد لو أضافه إلى الموكل كالنكاح مراده أنه لا يستغنى عن الإضافة إلى موكله ، حتى لو أضافه إلى نفسه لا يصح ، فلفظ الإضافة واحد ومراده مختلف اهـ .

قال الخير الرملى : هذا شاهد لما فهمه شارح المجمع اهـ . وهو بظاهره إقرار لصاحب البحر بأن مافى شرح المجمع فهم من شارحه إلا أن يكون ذكره مجاراة لعبارة البحر هذا ولك أن تنفى المنافاة بين ما فى البزازية ، وشرح المجمع بحمل ما فى شرح المجمع ، من قوله : لأن الوكيل بالبيع والشراء على النافذين لتبادرهما لغيرهما لا تتعلق حقوقه بالموكل قبل الإجازة لفرعية تعلق الحقوق عن النفاذ ، وليس فى عبارة البزازية ما ينفى تعلق الحقوق بالموكل بعد النفاذ بالإجازة فلنلتزمه ليحصل التوفيق. وقد علمت أن عدم تعلق الحقوق بالموكل فى مسألة البزازيه إنما تأتى من المخالفة ، فلو صدر التوكيل على وجه ينفى المخالفة بأن أذن له الموكل بإضافة العقد إليه ، فالظاهر نفاذ العقد لعدم المخالفة كما هو مفهوم البزازية وإذا نفذ العقد هل تتعلق بالموكل أو الوكيل ؟ لا شىء فى كلام البزازية يدل على إيجابه أو نفيه .

فنقول : تتعلق بالموكل عملا بما فى شرح المجمع والمجتبى إذ لم يوجد ما ينافيهما كيف ، وقد ادعيا الاتفاق فتأمله بعين التحقيق فإنه بالتأمل حقيق ليظهر حقيقة الحال ، والله الميسر لبلوغ الآمال . وتوجيه ما فى البحر بأن يقال إن عبارة شرح المجمع مطلقة فالظاهر أنها شاملة لصورة المخالفة الواقعة فى البزازية ، وأنه إذا أضاف إلى الموكل فيهما ينفذ البيع للحال . وتتعلق الحقوق به مع أن المنقول بخلافه ، وحيث وقع فى الفصول الحكم مطلقا كما استند إليه الشارح المذكور فهو مقيد بما فى البزازية غير أن الشارح فهمه على إطلاقه ، ولم يقيده بالبيع النافذ وظاهر من كلام البحر : عدم منع الحكم فى النفاذ وإذا حملت كلام شارح المجمع على ما قلناه ، وقيدت مستنده بما فى البزازية ، وعلمت أن كلام البحر لا ينبو عن الحكم المذكور ارتفع الخلاف كما يشهد بذلك الإنصاف فالمؤاخذة التى وردت على صاحب شرح المجمع من صاحب البحر تستند إلى إطلاق عبارة شارح المجمع لا غير والله تعالى أعلم .

أقول : فما فى شرح المجمع مقيد بما إذا أجاز الموكل العقد : فلا ينافى ما ذكره الصفار . وإذا صح هذا التوفيق ظهر الجواب عما نقل عن المقدسى من قوله : ثم إذا أجاز الموكل ذلك هل ترجع الحقوق إلى الوكيل ، لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة اهـ وهذا التعليل مؤيد للتوفيق المتقدم والله أعلم .

وفى حاشية أبى السعود : وتعبير ابن الكمال بقوله يكتفى بالإضافة إلى نفسه صريح فى أن إضافته إلى نفسه ليس بلازم خلافا لمن عبر به بلابد كالبحر ، وتبعه المصنف لكن الشارح نقل كلام ابن ملك وأمر بحفظه ، وأيده بقول ابن الكمال المتقدم ورد على المصنف فيما يأتى بقوله فقوله : لابد فيه ما فيه وحينئذ يتجه ما ذكره ابن ملك . ويسقط ما اعترض به فى البحر عليه . وما فى الخلاصة والبزازية لا ينافى جواز الإضافة إلى كل منهما وإن كان اللزوم على الموكل فيما إذا لم يضف الوكيل العقد إلى نفسه بأن أضافه إلى الموكل يتوقف على صدور الإجازة منه . ثم رأيت فى الزيلعى من باب الوكالة بالبيع والشراء التصريح بعدم لزوم إضافة الوكيل فى الشراء ونحوه العقد إلى نفسه حيث قال فى شرح قول المصنف ، ولو وكله بشراء شىء بعينه لا يشتريه لنفسه

(إلى الوكيل كبيع وإجارة وصلح عن إقرار يتعلق به)

ما نصه بخلاف ما لو وكله أن يزوجه امرأة معينة حيث جاز له أن يتزوج بها، لأن النكاح الذى أتى به الوكيل غير داخل تحت أمره ، لأن الداخل تحت الوكالة نكاح مضاف إلى الموكل ، وفى الوكالة بالشراء الداخل فيها شراء مطلق غير مقيد بالإضافة إلى أحد ، فكل شىء أتى به لا يكون مخالفا الخ ، فهذا من الزيلعى صريح فيما ذكره ابن ملك .

واعلم أن قول الزيلعى وفى الوكالة بالشراء الداخل فيها شراء مطلق الخ صريح أيضا فى أن الوكيل إذا أضاف العقد إلى الموكل لا يكون مخالفا ، ويلزمه العقد ولا يتوقف على إجازته خلافا لما سبق عن الخلاصة والبزازية اه ملخصا .

أقول : وفى نور العين رامزا للجامع الأصغر أمره بشراء قن بألف فقال مالكه بعت قنى هذا من فلان الموكل فقال الوكيل : قبلت لزم الوكيل إذا أمره الوكيل أن يقبل عن نفسه ليلزم العهدة على الوكيل فخالف بقبوله على موكله قاضيخان فيه نظر . وينبغى أن يلزم الموكل أو يتوقف على إجازته إذ الوكيل لما خالف صار كأن البائع قال ابتداء: بعت عبدى من فلان بكذا وقال الوكيل: قبلت يتوقف على إجازة الموكل ولا يصير الوكيل مشتريا لنفسه .

يقول الحقير : أصاب فى إيراد النظر لكنه أهمل جانب قوله : يلزم الموكل حيث لم يعلله بل أفاد بما ذكره من تعليل التوقف على الإجازة أنه لا يلزم الموكل بل يتوقف فبين كلاميه تناف غير خاف على ذى فهم صاف ، ثم إن الظاهر أنه لا يتوقف بل يلزم الموكل لما مر فى شراء الفضولى نقلا عن شحى إن الفضولى لو شرى شيئا وأضاف عقد الشراء إلى من شرى له بأن قال لبائعه بعه من فلان . وقبله له يتوقف على فلان، ولو قال شريته لفلان فقال بائعه : بعت أو قال : بعته منك لفلان فقال المشترى : قبلت نفذ على نفسه، ولم يتوقف وهذا لو لم يسبق من فلان التوكيل ولا الأمر فلوسبق أحدهما فشرى الوكيل نفذ على موكله ، وإن أضاف الوكيل الشراء إلى نفسه ، وعلى الوكيل العهدة اه .

يقول الحقير : وظهر بقوله وعلى الوكيل العهدة أن الوكيل لم يخالف موكله كما ظنه الإمام قاضيخان تبعا لصاحب الجامع الأصغر غاية ما فى الباب أن يكون فى المسألة روايتان أو يكون أحد ماذكر فى شرح الطحاوى وفتاوى قاضيخان غير صواب كما لا يخفى على ذوى الألباب اه .

أقول : الذى يظهر أنه لا ينافى إذ التعليل إنما هو للحكم بالتوقف إذ فيه غموض يجب إيضاحه ، ولم يذكر علة لقوله يلزم الموكل إذ لزومه إياه واضح وجهه عنده أو بالنسبة إلى من له مسكة بالفقه ، بل علته ظاهرة إذ الوكيل شرى ما وكله بشرائه موكله فالظاهر لزوم الموكل : وعدم لزومه يحتاج لدليل ، أما اللزوم فلا فليتأمل .

وأقول : ومراده بما فى شرح الطحاوى ما رمزه بقوله شحى وهو موافق لما مر عن الزيلعى فتأمل فى هذا المحل فإنه من مداحض الأقدام والله تعالى أعلم بالصواب (قوله إلى الوكيل) أى إسناده فى الصيغة (قوله وصلح عن إقرار) أى فى دعوى مال ومنفعة لأنه حينئذ يكون بيعا أو إجارة وهذه الأمثلة للعقد ذى الحقوق ، ويأتى أمثلة الحقوق فقط (قوله يتعلق به) أى بالوكيل بخلاف الرسول لأنه يضيف العقد إلى مرسله وبخلاف النكاح لأنه لابد فيه من ذكر الموكل وإسناد العقد إليه عينى ، ولو اختلفا فى كون المشترى رسولا أو وكيلا فالقول

مادام حيا ولو غائبا ابن ملك (إن لم يكن محجوزا كتسليم مبيع

للمشترى والبينة على البائع بحر . وعند مالك والشافعى وأحمد تتعلق بالموكل لأن الحقوق تتعلق بالحكم والوكيل ليس بأصل فيه . فلا يكون أصلا فيها فصار كالرسول ، والوكيل بالنكاح .

ولنا أن الوكيل أصل فى العقد بدليل استغنائه عن إضافته إلى الموكل ولو كان سفيرا كما زعموا لما استغنى ، وإنما جعل نائبا فى الحكم للضرورة . كى لا يبطل مقصود الموكل ولا ضرورة فى حق الحقوق ، ولأن العاقد الآخر اعتمد رجوع الحق إليه فلو لم يرجع لتضرر على تقدير كون الموكل مفلسا أومن لا يقدر على مطالبته عينى (قوله ما دام حيا) أما إذا مات الوكيل . قال الفضلى : تنتقل الحقوق إلى وصيه لا الموكل. وإن لم يكن وصى يرفع إلى الحاكم ينصب وصيا عند القبض وهو المعقول ، وقيل ينتقل إلى موكله ولاية قبضه فيحتاط عندالفتوى محيط هذا إذا اتفقا على أنه وكيل أما إذا اشترى فقال : الشراء لفلان وقال البائع بل لك فالحكم فيه ما قاله مؤيد زاده اشترى شيئا وقال : كنت رسول فلان ولا ثمن لك على وقال البائع بعته منك فالقول للمشترى ، وفى الخيرية عن الخلاصة : امرأة اشترت شيئا وقالت كنت رسول زوجى إليك ، ولاثمن لك على وقال البائع : إنما بعت منك والثمن عليك فالقول قولها ، وعلى البائع البينة ونقل مثله عن الخانية ، وكثير من الكتب ثم قال فى البحر : والوكيل بالشراء إذا اشترى بالنسيئة فمات الوكيل حل عليه الثمن ، ويبقى الأجل فى حق الموكل وجزمه هنا يدل على أن المعتمد فى المذهب ما قال إنه المعقول . وقد أفتيت به بعد ما احتطت كما قال فيما سبق اه وتأتى عبارة البحر قريبا (قوله ولو غائبا) فإذا باع وغاب لا يكون للموكل قبض الثمن كما فى البحر (قوله إن لم يكن) أى الوكيل محجوزا فإن كان محجورا كالعبد والصبى المحجورين فإنهما إذا عقدا بطريق الوكالة تتعلق حقوق عقدهما بالموكل إذ لا يصح من المحجور التزام العهدة لقصور أهليته ، ولحق مولى العبد كما فى الرسول والقاضى . وأمينه ثم العبد إذا أعتق تلزمه تلك العهدة والصبى إذا بلغ لا تلزمه . وفى الخانية : عبد شرى شيئا فقال البائع : لا أسلم لك المبيع لأنك محجور . وقال العبد : أنا مأذون فالقول للعبد . فلو برهن البائع أن العبد قال أنا محجور قبل أن يتقدم إلى القضاء بعد الشراء . لم يقبل ، ولو قال عبد : بعتك وأنا محجور وقال المشترى : وأنت مأذون القول للمشترى . لأن الإقدام على البيع دليل الإذن ، والأصل بقاء ما كان على ما كان عليه ، وقوله إن لم يكن محجورا يشير إلى أن العبد والصبى المأذون لهما تتعلق بهما الحقوق . وتلزمهما العهدة وظاهر كلام المصنف أن العهدة على المأذون مطلقا ، وفصل فى الذخيرة بين أن يكون وكيلا بالبيع فالعهدة عليه سواء باع بثمن حال أو مؤجل . وبين أن يكون وكيلا بالشراء . فإن كان بثمن مؤجل فهو على الموكل لأنه فى معنى الكفالة وإن كان بثمن حال فهو على الوكيل لكونه ضمان ثمن حوى .

وفيه : إيماء إلى ما بسطه الزيلعى من الفرق وفى البحر ما فى الزيلعى عن الإيضاح : إذا أمره أن يشترى بالنقد جاز والعهدة عليه وإن أمره بالشراء نسيئة كان ما اشتراه له دون الآمر مخالف لما فى الذخيرة (قوله كتسليم مبيع) هذا وما بعده أمثلة للحقوق التى تتعلق بالوكيل . فى كلامه لف ونشر مرتب : أى إذا كان وكيل البائع وأطلقه فشمل ما إذا قبض الوكيل الثمن أولا وماذا قال لا تدفع المبيع بعد البيع حتى تقبض الثمن ، فدفع الوكيل قبل قبض الثمن فإنه جائز عندهما خلافا للثانى . وكان النهى باطلا كما فى القنية وقيده فى البزازية بما إذا كان المبيع فى يد الوكيل ، فلو فى يد الموكل وأبى عن الدفع قبل قبض ثمنه له ذلك ، أما لو نهاه عن البيع حتى يقبض الثمن لم يجز بيعه ، حتى يقبض الثمن من المشترى ثم يقول بعتك بهذه الدراهم التى قبضت منك ،

. . . .

واو دفع وكيل البيع المبيع إلى الدلال فضاع في يده يضمن في المختار كما لو قال : بعته وسلمته من رجل لا أعرفه وضاع الثمن يضمن قال القاضي : لأنه لا يملك التسليم قبل قبض ثمنه والحكم صحيح ، والعلة لا لما مر أن النهي عن التسليم قبل قبض ثمنه لا يصح فلما لم يعمل النهي عن التسليم فلأن لا يكون ممنوعا عن التسليم أولى . وهذه المسألة تخالف مسألة القمقمة اه .

قلت : مراد القاضي أنه لا يملك التسليم ممن لا يعرفه لا مطلقا فصح التعليل أيضا حموى .

مطلب مسألة القمقمة

أقول : ومسئلة القمقمة ما قاله في متفرقات الوكالة من التتارخانية عازيا للظهيرية الوكيل إذا دفع قمقمة إلى إنسان لإصلاحها بأمر الموكل ، ونسي من دفعها إليه لا يضمن قال في النوازل : وصار كالذي وضعه في موضع من داره ثم نسيه ، فلا ضمان عليه كذا هذا اه .

قال في العلامه أبو السعود وأقول : لم يظهر لي وجه ما في القنية من بطلان النهي عن تسليم المبيع قبل قبض ثمنه مع أن المصرح به أن المشترى يؤمر بتسليم الثمن أولا حيث كان الثمن حالا وعللوا ذلك بقولهم ليتعين حق البائع فيه ،أما المشترى فقد تعين حقه في المبيع بمجرد العقد ، لأن الثمن لا يتعين بالتعيين حتى لو أضيف العقد إلى دراهم معينة كان له أن ينقد غيرها فالظاهر أن ما في القنية من بطلان النهي عن تسليم المبيع قبل قبض ثمنه ضعيف انتهى .

أقول : وينبغي تقييد ضمان وكيل البيع إذا دفع للدلال وغاب أوضاع في يده بما إذا لم تكن العادة جارية في ذلك أما إذا كان شيئا لا يبيعه الوكيل بنفسه بل يدفع في العادة إلى دلال ليعرضه على البيع لا يضمن لأنه بمقتضى العادة يكون مأذونا بذلك .

وفي الفتاوى الخيرية : سئل فيما إذا جرت عادة التجار أن يبعث بعضهم إلى بعض بضاعة يبيعها ، ويبعث بثمنها مع من يختاره ، ويعتقد أمانته من المكارية بحيث اشتهر ذلك بينهم اشتهارا شائعا فيهم ، وباع المبعوث إليه البضاعة المبعوثة في مدينته ، وأرسل مع من اختاره منهم لباعثها ثمنها على دفعات متعددة حسبما تيسر له ، وأنكر المبعوث إليه بعض الدفعات هل يكون القول قول باعث الثمن بيمينه ، وإن لم يعلم تفاصيل ذلك لطول المدة أم لا بدله من البينة .

أجاب : القول قوله بيمينه إذ له بعثه مع من يختاره ، ويراه أمينا لأنه أمين لم تبطل أمانته والحالة هذه بالإرسال مع من ذكر وقد ذكر الزاهدي رامزا لبكرى خواهر زاده جرت عادة حاكة الرستاق أنهم يبعثون الكرابيس إلى من يبيعها لهم في البلد ، ويبعث بأثمانها إليهم بيده من شاء ، ويراه أمينا فإذا بعث البائع ثمن الكرابيس بيد شخص ظنه أمينا وأبق ذلك الرسول لا يضمن الباعث إذا كانت هذه العادة معروفة عندهم قال أستاذنا رحمه الله تعالى : وبه أجبت أنا وغيري اه وقد عضد بقولهم المعروف عرفا كالمشروط شرطا والعادة محكمة والعرف قاض إلى غير ذلك من كلامهم اه ما في الخيرية .

تنبيه : اعلم أن الحقوق التي للوكيل كقبض المبيع ومطالبة ثمنه والمخاصمة في العيب والرجوع بثمن المستحق غير واجبة عليه ،لأنه متبرع لكن ينبغي أن يوكل الموكل بهذه الأفعال . وأما الحقوق التي على الوكيل كتسليم المبيع والثمن ، ونحوهما فالوكيل فيها يدعى عليه فللمدعى أن يجبره على ذلك كما في الكافي والبرجندي وصدر

وقبضه وقبض ثمن ورجوع به عند استحقاقه وخصومة فى عيب

الشريعة (قوله وقبضه) أى إذا كان وكيل المشترى (قوله وقبض ثمن) أى من المشترى أى إذا كان وكيل البائع فعلم أن مراده بالوكيل بالبيع مايشمل الشراء وكذلك فى الإجارة مايشمل الاستئجار قال فى البحر : واستفيد من قوله: وقبض ثمن أنه لو ضمن الوكيل الثمن لا يصح ضمانه ، ولو أحال المشترى الموكل على وكيله به بشرط براءة المشترى لم يصح ولو أحال الوكيل موكله بالثمن على المشترى صحت : وهى وكالة لا حوالة لأنه لا شيء للموكل على وكيله ، وأن الوكيل لو منع المشترى من دفع الثمن إلى موكله صح ، وله الامتناع عن الدفع إليه ، ولكن لو دفع له صح وبرئ استحسانا وأنه يصح ، ويصح إبراء وكيل البيع قبل قبضه الثمن وحوالته على الأملإ والممائل والأدون وإقالته وحطه وتأجيله والتجوز بدون حقه عندهما ، ويضمن خلافا لأبى يوسف هذا قبل قبضه ، أما بعد قبضه لا يملك الحط والإبراء والإقالة ، وبعدما قبل بالثمن حوالة لا يصح كما بعد الاستيفاء والوكيل بالإجارة إذا فسخها بعدها صح لا بعد مضى المدة وبعد قبض الأجرة دينا كان أو عينا لا يصح الفسخ وأن الوكيل لو وكل موكله بقبض الثمن صح وله عزله إلا إذا خاصم الموكل معه فى تأخيره المطالبة ، فألزم القاضى الوكيل أن يوكل موكله لا يملك عزله ومن أحكامه أن وكيل البيع لا يطالب بالثمن من مال نفسه ، بخلاف وكيل الشراء ، ولا يجبر على التقاضى لأنه متبرع بخلاف الدلال والسمسار والبياع لأنهم يعملون بأجر اه عن البزازية (قوله ورجوع به عند استحقاقه) أى رجوع الوكيل بالبيع أو الشراء عند استحقاق ماقبضه من مبيع أو ثمن أى، عند ظهور المستحق للمبيع وكذا الرجوع بالثمن عند استحقاقه .

والحاصل : أن هذه المسألة شاملة لمسألتين : الأولى : ما إذا كان الوكيل بائعا وقبض الثمن من المشترى ، ثم استحق المبيع فإن المشترى يرجع بالثمن على الوكيل سواء كان الثمن باقيا فى يده أو سلمه إلى الموكل وهو يرجع على موكله : الثانية : ما إذا كان مشتريا فاستحق المبيع من يده ، فإنه يرجع بالثمن على البائع دون موكله .

وفى البزازية : المشترى من الوكيل باعه من الوكيل ثم استحق من الوكيل رجع الوكيل على المشترى منه ، وهو على الوكيل والوكيل على الموكل وتظهر فائدته عند اختلاف الثمن اه بحر .

قال الحموى قلت : فعلى هذا يكون المصدر مشتركا بين مصدر الفاعل والمفعول (قوله وخصومة فى عيب) أى فيرد المعيب إلى البائع لو كان بيده وبعد تسليمه إلى الموكل يرده بإذنه . قال فى البحر وهو شامل لمسألتين أيضا ، أما إذا كان بائعا فيرده المشترى عليه ، وأما إذا كان مشتريا فيرده الوكيل على بائعه لكن بشرط كونه فى يده ، فإن سلمه إلى الموكل فلا يرده إلا بإذنه كما سيأتى فى الكتاب .

وأشار المؤلف إلى أن الوكيل لو رضى بالعيب لزمه ، ثم الموكل إن شاء قبله وإن شاء ألزم الوكيل وقبل أن يلزم الوكيل لو هلك يهلك من الموكل ، ولو مات الوكيل بالشراء وظفر الموكل بالمشترى عيبا يرده وارثه أو وصيه وإلا فالموكل .

وكيل البيع إذا مات وظفر مشتريه به عيبا رده على وصى الوكيل أو وارثه وإلا فعلى الموكل كذا فى البزازية .

وفى الخانية : الوكيل بالشراء لا يملك إبراء البائع عن العيب عند أبى حنيفة ومحمد . واختلفوا فى قول أبى يوسف : والوكيل بالشراء إذا اشترى بالنسيئة فمات الوكيل حل عليه الثمن ، ويبقى الأجل فى حق الموكل وجزمه هنا يدل على أن المعتمد فى المذهب ما قال إنه المعقول ، وقد أفتيت به بعد ما احتطت كما قال فيما سبق ، وقد كتبنا فى الأشباه والنظائر حكم التوكيل بالتوكيل .

فلا فصل بين حضور موكله وغيبته) لأنه العاقد حقيقة وحكما لكن فى الجوهرة لو حضرا فالعهدة على آخذ الثمن لا العاقد فى أصح الأقاويل ، ولو أضاف العقد إلى الموكل تتعلق الحقوق بالموكل اتفاقا ابن ملك فليحفظ فقوله لابد فيه ما فيه ولذا قال ابن الكمال يكتفى بالإضافة إلى نفسه فافهم .

(وشرط) الموكل (عدم تعلق الحقوق به) أى بالوكيل (لغو) باطل جوهرة (والملك يثبت للموكل ابتداء) فى الأصح

ومما فرع على أن الوكيل أصيل فى الحقوق ما فى كافى الحاكم ولو وكل القاضى وكيلا ببيع شىء فباعه ثم خاصمه المشترى فى عيبه جاز قضاء القاضى للوكيل اه (قوله بل فصل) حال من مدخول الكاف وهو الحقوق المتقدمة (قوله بين حضور موكله) أى حالة العقد لأن الموكل لو كان حاضرا حالة العقد ترجع الحقوق على الوكيل كما لو كان غائبا كما أوضحه فى المنح (قوله وغيبته) أى وقت عقد الوكيل (قوله لأنه) أى الوكيل العاقد حقيقة لأن العقد يقوم بالكلام وهو منه (قوله وحكما) فإن أحكام العقد ترجع إليه وهو محط العلة (قوله فى أصح الأقاويل) وقال القاضى الإمام أبو المعالى : إن العهدة على الموكل ، لأنه إذا كان حاضرا كان كالمباشر بنفسه فعليه العهدة (قوله اتفاقا) هذا ينافى مافى الخلاصة والبزازية وكيل بشراء العبد جاء إلى مالكه فقال : بعت هذا العبد من الموكل ، وقال الوكيل : قبلت لايلزم الموكل وقد تقدم تعليله والكلام عليه مستوفى (قوله فيه مافيه) أى فيه نظر وعبر عنه بما تفخيما : أى لأن البدية منقوضة بما ذكر ابن ملك ، وبما قال ابن الكمال أيضا لو أضاف الوكيل بالشراء الشراء لموكله صح بالإجماع ، على أن البدية الآتية منقوضة أيضا بمسألة الطلاق ووكيل المرأة فى النكاح كما يأتى .

وأقول : توضيحه أنك قد علمت من كلامه أنه لايكون وكيلا إلا إذا أضافه إلى نفسه وإذا أضافه إلى الموكل ففيه الخلاف السابق فى المنح ، وقيد بالوكيل لأن الرسول لا ترجع الحقوق إليه . وشرطه : الإضافة إلى مرسله لما فى البزازية ، والرسول فى البيع والطلاق والعتاق والنكاح إذا أخرج الكلام مخرج الوكالة بأن أضاف إلى نفسه ، بأن قال طلقتك وبعتك وزوجت فلانة منك لا يجوز ، لأن الرسالة لا تتضمن الوكالة لأنها فوقها وإن أخرجه مخرج الرسالة جاز بأن يقول إن مرسلى يقول بعت منك اه (قوله يكتفى) أى من غير لزوم (قوله لغو) كما لونهاه عن تسليم المبيع حتى يقبض الثمن فإنه يكون باطلا كما تقدم وكما لو وكله بالبيع بشرط أن لا يقبض الثمن فالنهى باطلا أيضا ، ولو كتب الصك باسم الموكل لا يسقط حقه فى قبض الثمن إلا أن يقرأ الموكل بقبضه ط (قوله والملك يثبت للموكل ابتداء) جواب عن سؤال مقدر تقديره إذا كانت الحقوق فى هذا الفصل راجعة إلى الوكيل ينبغى أن يعتق قريبه إذا اشتراه بالوكالة لأن شراء القريب إعتاق .

فأجاب عنه بقوله : والملك يثبت للموكل ابتداء أى فى ابتداء الأمر خلافة عنه بمعنى أن الوكيل أصل فى حق العقد ، لكن فى حق الحكم يخلفه الموكل فيقع له من غير أن يكون أصلا فيه كالعبد يتهب أو يصطاد فكما أن المولى يثبت الملك له ابتداء فيما اتهبه عبده أو اصطاد خلافة عنه ، فكذا الموكل يثبت له الملك ابتداء فيما اشتراه وكيله خلافة عنه . قال الشمنى : وهذه طريقة أبى طاهر الدباس وقال فى البحر أنه الأصح وقال الكرخى : يثبت للوكيل ثم ينتقل للموكل . وقال القاضى أبو زيد : الوكيل نائب فى حق الحكم أصيل فى الحقوق فوافق الكرخى فى الحقوق وأبا طاهر فى الحكم وهو حسن كذا فى البزازية (قوله فى الأصح) قال الشمنى وعلى طريقة الكرخى لا يعتق أيضا ، لأنه يثبت للوكيل ملك غير متقرر وكذا لا يفسد نكاحه إذا اشترى زوجته بالوكالة فلا ثمرة لهذا الاختلاف ، لأن الموجب للملك والفساد الملك المستقر ، ولهذا إذا اشترى

(فلا يعتق قريب الوكيل بشرائه ولا يفسد نكاح زوجته به و) لكن (هما) ثابتان (على الموكل لو اشترى وكيله قريب موكله وزوجته) لأن الموجب للعتق والفساد الملك المستقر (وفى كل عقد لابد من إضافته إلى موكله يعنى لا يستغنى عن الإضافة إلى موكله حتى لو أضافه إلى نفسه لا يصح ابن كمال

الوكيل قريب موكله يعتق عليه ، ويفسد نكاحه إذا اشترى زوجة موكله (قوله فلا يعتق قريب الوكيل بشرائه ولا يفسد نكاح زوجته به) فى هذا التفريع نظر ، فإن هذه الأحكام ثابتة على القوابين كما أفاده فى المنح ؛ أما على الأصح فظاهر ، وأما على قول الكرخى : فلما علل به الشارح من قوله ، لأن الموجب الخ وإن كان ظاهره تعليلا للقول الأصح لكنه لايصح علة له (قوله لأن الموجب) قد علمت أن هذا لا يناسب كلام المصنف بل هو جار على القول الثانى من أنه يثبت للوكيل ابتداء ثم ينتقل إلى الموكل (قوله حتى لو أضاف لنفسه لا يصح) أى على الموكل فلا ينافى قوله الآتى : حتى لو أضاف النكاح لنفسه وقع النكاح له كما ظن :

وفى البزازية : الوكيل بالطلاق والعتاق إذا أخرج الكلام مخرج الرسالة ، بأن قال . إن فلانا أمرنى أن أطلق أو أعتق ينفذ على الموكل لأن عهدتهما على الموكل على كل حال ، ولو أخرج الكلام فى النكاح والطلاق مخرج الوكالة بأن أضافه إلى نفسه صح إلافى النكاح . والفرق أن فى الطلاق أضافه إلى الموكل معنى لأنه بناه على ملك الرقبة ، وتلك للموكل فى الطلاق والعتاق فأما فى النكاح فذمة الوكيل قابلة للمهر ، حتى لو كان بالنكاح من جانبها ، وأخرج مخرج الوكالة لا يصير مخالفا لإضافته إلى المرأة معنى ، فكأنه قال : ماكتك بضع موكلتى اه .

قال العلامة أبو السعود : ليس المراد أن الطلاق والعتاق يقع بمجرد قوله إن فلانا أمرنى أن أطلق أو أعتق بل لابد من الإيقاع مضافا إلى موكله فيما إذا خرج الكلام مخرج الرسالة أو إلى نفسه إذا خرج الكلام مخرج الوكالة على ما يأتى اه .

قلت : وفى السابع والعشرين من التتارخانية ، ولو قال الوكيل : طلقك الزوج لايقع هو الصحيح اه قال فى البحر فعلى هذا معنى الإضافة إلى الموكل مختلف ففى وكيل : النكاح من قبل الزوج على وجه الشرط وفيما عداه على وجه الجواز فيجوز عدمه اه وفى الأشباه : الوكيل بالإبراء إذا أبرأه ولم يضفه إلى موكله لم يصح كذا فى الخزانة اه .

أقول : وظاهر ما فى البحر أنه لا تلزمه الإضافة إلا فى النكاح ، وهو مخالف لكلام غيره قال فى الدرر بعد قوله فى المتن : تتعلق بالموكل وفسره أن الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب ، لأنها من قبيل الإسقاطات والوكيل أجنبى عن الحكم فلا بد من إضافة العقد إلى الموكل ليكون الحكم مقارنا للسبب . أما النكاح فلأن الأصل فى البضع الحرمة فكان النكاح إسقاطا لها والساقط يتلاشى ، فلا يتصور صدور السبب عن شخص على سبيل الأصالة ، ووقوع الحكم لغيره فجعل سفيرا ليقارن الحكم السبب ، حتى لو أضاف النكاح إلى نفسه وقع له . بخلاف البيع فإن حكمه يقبل الفصل عن السبب كما فى البيع بخيار فجاز صدور السبب عن شخص أصالة ووقوع الحكم لغيره خلافة . وأما الخلع فلأنه إسقاط للنكاح والناكح المرء والمنكوحة المرأة والوكيل إما منه ، أو منها وعلى التقديرين يكون سفيرا محضا فلابد من الإضافة إلا الموكل وأما الصلح عن إنكار فإنه أيضا إسقاط لا يشوبه معاوضة فلا بد من الإضافة إلى الموكل ، وكذا الصلح عن دم العمد فإنه إسقاط محض والوكيل أجنبى سفير فلابد من الإضافة إلى الموكل ، وكذا الحال فى البواب هذا ماخص ما ذكره القوم فى هذا المقام انتهى .

(كنكاح وخلع

أقول : يمكن التوفيق بأن يكون معنى الإضافة اشتراط ذكر الموكل، وإن أسند الوكيل الفعل إلى نفسه فإذا كان وكيلا من جانب المرأة يقول للزوج : خالع امرأتك على هذه الألف فخالع يتم بقبول الوكيل كما صرحوا به فى الخلع أما لو قال خالع فقط فلا ، ولو كان وكيلا من الجانبين فقال : خلعت فلانة من زوجها على كذا جاز فى الصحيح من أنه يكون وكيلا من الجانبين فى الخلع . وصرحوا أيضا بأنه لو قال لغيره : طلق امرأتي رجعية فبين فقال لها الوكيل: طلقتك بائنا تقع رجعية ، ولو وكله بالبائن فقال لها الوكيل: أنت طالق تطليقه رجعية تقع واحدة بائنة ، وصرحوا بأنه يصح توكيل الصبى والمجنون ، ويصير كأنه علق الطلاق على تلفظهما ، وفى طلاق الفتاوى الهندية الوكيل فى الطلاق والرسول ، سواء كذا فى التتارخانية الرسالة أن يبعث الزوج طلاق امرأته الغائبة على يد إنسان ، فيذهب الرسول إليها ويبلغها الرسالة على وجهها فيقع عليها الطلاق كذا فى البدائع فقد ثبت بهذا أن قول الوكيل ; خلعت وطلقت يكفى ثم الذى يظهر من كلامهم أن المراد هنا بالوكيل الوكيل من جهة من يثبت له الملك بقرينة التعليل بأن الحكم فيها لا يقبل عن السبب . فى النكاح يقول وكيل الزوج : زوج بنتك لفلان ، فيضيفة إلى الموكل ولو قال: زوجنى وقع اه لاللموكل ،وأما وكيل الزوجة فيقول زوجت فيصح وفى الطلاق يقول وكيل الزوج: طلقت فلانة ، وفى الخلع يقول وكيل الزوج : خالعتها على ألف وأما وكيل المرأة فيقول : قبلت بدون إضافة إليها، وكذا فى العتق على مال والكتابة،ولو كان الطلب من جهة وكيل المرأة أو العبد يقول: طلق فلانة بألف أو اخلعها بألف على ألف أو أعتق عبدك بكذا ، أوكاتبه على كذا فيقول وكيل الزوج ، أو السيد : فعلت فيكتفى بالإضافة من أحد الجانبين لأن الملك من كل منهما فإن المرأة تملك نفسها وكذا العبدكما أن الزوج أو السيد يملك العوض ، وفى الصلح عن إنكار أو دم عمد يقول الوكيل : صالح فلانا عن دعواك عليه ، على هذا المال أو الدم فيقبل المدعى ولو قال الوكيل فى هذه المواضع : أعتقنى أو طلقنى . أوكاتبنى أو صالحنى لم يصح بخلاف بعنى ، وأجرنى فإنه يصح إضافتها إلى نفسه كما مر ، وكذا بقية الصور الآتية يقول الوكيل من جهة طالب التملك هب فلانا أو تصدق عليه أو أعره أو أودعه ، أو ارهن عنده كذا أو أقرضه كذا ، ولو قال هبنى أو تصدق على أو أعرنى الخ يقع له لا للموكل ، وأما الوكيل من الجانب الآخر كما إذا دفع ارجل مالا ووكاه بأن يهبه افلان مثلا ، فإنه يقول وهبتك أو تصدقت عليك ، أو أعرتك ، أو أودعتك الخ من غير أن يقول : وهبتك هذه الألف التى لفلان الموكل :

ثم اعلم أن هذه المذكورات يفترق بعضها عن بعض من حيث إن ما كان منها إسقاطا يضيفه الوكيل إلى نفسه مع التصريح بالموكل ، فيقول : زوجتك فلانة وصالحتك عما تدعيه على فلان من المال أو الدم ، أما ما كان منها تمليكا لعين أو منفعة أو حفظ ، فلا يضيفه إلى نفسه بل إلى الموكل فقط كقوله لفلان كذا ، أو أودعه كذا أو أقرضه كذا فلابد فى هذا من إخراج كلامه مخرج الرسالة ، فلا يصح أن يقول : هبنى كذا كما مر ولا هبنى لفلان وأودعنى لفلان ، وعلى هذا فقولهم التوكيل بالاستقراض باطل معناه : أنه فى الحقيقة رسالة لاوكالة ، فلو أخرج الكلام مخرج الوكالة لم يصح بل لابد من إخراجه مخرج الرسالة كما قلنا. وبه علم أن ذلك غير خاص بالاستقراض ، بل كل ما كان تمليكا إذا كان الوكيل من جهة طالب التملك لامن جهة المملك ، فإن التوكيل بالإقراض والإعارة صحيح لابالاستقراض والاستعارة ، بل هو رسالة هذا ماظهر لى فتأمله أفاده سيدى الوالد رحمه الله تعالى آمين(قوله كنكاح) فلو لم يضف النكاح إلى الموكل، وأضافه إلى نفسه وقع له قال فى البحر معزيا

وصلح عن دم عمد أو عن إنكار وعتق على مال وكتابة وهبة وتصدق وإعارة وإيداع ورهن وإقراض) وشركة ومضاربة عيني (تتعلق بموكله) لا به لكونه فيها سفيرا محضا حتى لو أضافه لنفسه وقع النكاح له

للبزازية ، الوكيل بالطلاق والعتاق إذا أخرج الكلام مخرج الرسالة بأن قال إن فلانا أمرني أن أطلق ، أو أعتق ينفذ على الموكل، لأن عهدتهما على الموكل على كل حال .ولو أخرج الوكيل الكلام في النكاح والطلاق مخرج الوكالة بأن أضاف إلى نفسه صح إلا في النكاح . والفرق أن في الطلاق أضافه إلى الموكل معنى ، لأنه بناه على ملك المتعة والرقبة ، وهو للموكل وأما في النكاح فذمة الوكيل قابلة للمهر ،حتى لو كان وكيلا بالنكاح من جانبها وأخرج الكلام مخرج الوكالة لايصير مخالفا لإضافته إلى المرأة معنى لأن صحة النكاح بملك البضع وهولها فكأنه قال : ملكتك بضع موكلتي وفي الجوهرة : إذا قال أبو الصغيرة زوجتها من ابنك فقال الأب : قبلت ، ولم يقل لابني جاز النكاح للابن لأن الإيجاب له والقبول يتقيد به فصار كقوله قبلت لابني ، ولو قال : زوجت ابنتي ولم يزد وقع للأب هو الصحيح . وينبغي للوكيل بالنكاح أن يقول : قبلت لأجل فلان .

واعلم أن مافي البزازية من أنه لو أضاف الطلاق إلى نفسه يصح حكاه في جامع الفتاوى بقيل حيث قال : ولو قال أنت مني طالق أو أنت طالق مني لم يقع ، وقيل يقع وقوله :مني لغو قال واستفيد الوقوع بأنت طالق من غير إضافة بالاتفاق انتهى (قوله وصلح عن دم عمد أو عن إنكار) ومثله عن السكوت يعني أن زيدا إذا ادعى دارا على عمرو فوكل عمرو ، وكيلا على أن يصالح على المائة فيقول زيد : صالحت عن دعوى الدار على عمرو بالمائة ، ويقبل الوكيل فيتم الصلح ، ولا فرق بين أن يكون الصلح عن إنكار أم عن إقرار كما في صدر الشريعة ورد عليه ابن كمال بقوله : هذا الصلح لاتصح إضافته إلى الوكيل بخلاف الصلح عن إقرار فإنه تصح إضافته إلى كل منهما ، وقد عرفت اختلاف الإضافة في الموضعين فافترق الصلحان في الإضافة . قال العلامة أبو السعود : قال الشيخ باكير : في التقييد بكون الصلح عن إنكار نظر فإنه لافرق في الصلح بين أن يكون عن إنكار أو عن إقرار في الإضافة ، فإن زيدا إذا ادعى على عمرو ، فوكل عمرو وكيلا على أن يصالح على مائة فإذا قال زيد : صالحت عن دعوى الدار على عمرو ، بالمائة وقبل الوكيل هذا الصلح يتم الصلح ، سواء كان عن إقرار أو إنكار إلا أنه إذا كان عن إقرار يكون كالبيع فترجع الحقوق إلى الوكيل كما في البيع فتسليم بدل الصلح على الوكيل ، وإذا كان عن إنكار فهو فداء يمين في حق المدعى عليه ، فالوكيل سفير محض فلا ترجع إليه الحقوق حموي .

قلت : هذا الذي ذكره الشيخ باكير هو عبارة صدر الشريعة وما اعترضه في الدرر رده عزمي زاده اه (قوله وهبة وتصدق) قال سيدي الوالد رحمه الله تعالى : انظر ماحقوق الهبة والصدقة المتعلقة بالموكل اه .

أقول : لعلها عند استحقاق عين الهبة والصدقة والرجوع فيهما وليحرر (قوله وشركة ومضاربة) يزاد الإبراء لأنه لابد من إضافته إلى موكله فلو لم يضف إليه لم يصح كما ذكرنا (قوله تتعلق بموكله لابه)قال في الدرر : والسر فيه أن الحكم فيها لايقبل الفصل عن سبب ، لأنها من قبيل الإسقاطات والوكيل أجنبي عن الحكم فلابد من إضافة العقد إلى الموكل ليكون الحكم مقارنا للسبب إلى آخر ماقدمناه وفي البزازية وقبض المهر لها لاللوكيل (قوله لكونه فيها سفيرا محضا) فإنه يضيفها إلى موكله فإنه يقول خالعك موكلي بكذا وكذا في أمثاله ابن ملك قال منلا على السفير حاك قول غيره . ومن حكى قول غيره لايلزمه حكم ذلك القول اه . والسفير : الرسول والمصلح بين القوم صحاح : أي يظهر عن موكله عبارته فالعاقد هو الموكل بهذه العقود لاالوكيل ولذا لايستغني

فكان كالرسول (فلا مطالبة عليه) فى النكاح (بمهر وتسليم) للزوجة (وللمشترى الإباء عن دفع الثمن للموكل وإن دفع له صح ولو مع نهى الوكيل) استحسانا (ولا يطالبه الوكيل ثانيا) لعدم الفائدة نعم تقع المقاصة بدين الوكيل لو وحده ويضمنه لموكله بخلاف وكيل يتيم وصرف عينى (ومثله) أى مثل الوكيل عبد (مأذون لا دين عليه مع مولاه)

عن الإضافة إلى موكله ولذا غياه بقوله : حتى لو أضافة لنفسه ، وقع النكاح له فالغايتان فى الحقيقة لشىء واحد فقوله فيما تقدم ، حتى لو أضافه لنفسه لايصح عند عدم إمكان إنصراف العقد إليه وقوله هنا : حتى لو أضافه الخ عند الإمكان إذ يصح إنصراف النكاح إليه (قوله فكان كالرسول) أى فى كونه سفيرا محضا فى نوعى العقود حتى لابد أن يقول : أرسلنى إليك فلان بكذا فيضيفه إلى مرسله بلفظها فترجع الحقوق إلى مرسله لا إليه فى النوعين قال فى البحر : وشرطه الإضافة إلى مرسله بأن يقول : إن مرسلى يقول بعت منك ونحوه اه وقال فى المنح : وهذا لأن الحكم فيها لايقبل الفصل عن السبب لأنه إسقاط فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره فكان سفيرا اه (قوله فلا مطالبة عليه فى النكاح بمهر) أى إذا كان وكيل الزوج (قوله وتسليم للزوجة) أى إذا كان وكيلها ولا يلى قبض مهرها كما أن الوكيل بالخلع لايلى قبض البدل ويصح ضمانه مهرها ، وتخير المرأة بين مطالبته أو الزوج ، فإذا أخذت من الوكيل لاترجع على الزوج ، ولو ضمن وكيل الخلع البدل صح ، وإن لم تأمره المرأة بالضمان ولذا يرجع قبل الأداء اه بحر (قوله وللمشترى الإباء عن دفع الثمن للموكل) لكونه أجنبيا عن الحقوق لرجوعها إلى الوكيل أصالة . وقدمنا أحكام قبض الثمن وأنه لافرق بين حضرة الوكيل وغيبته وإن وصى الوكيل ترجع الحقوق إليه بعد موته لا إلى الموكل ، فلو وكل الوكيل الموكل بقبض الثمن فله ذلك ، ولا يقدر على المنع أفاده عزمى زاده . ولو دفع الموكل بالشراء الثمن إلى الوكيل فاستهلكه وهو معسر كان للبائع حبس المبيع ، ولا مطالبة له على الموكل فإن لم ينقد الموكل الثمن إلى البائع باع القاضى الجارية بالثمن إذا رضيا وإلا فلا اه خزانة المفتين (قوله وإن دفع له صح) لأن الثمن المقبوض حق الموكل وقد وصل إليه ، ولا فائدة فى الأخذ منه ثم الدفع إليه (قوله لعدم الفائدة) لأن المقبوض حقه وبرئت ذمة المشترى لوصول الثمن إلى مستحقه عينى (قوله نعم تقع المقاصة بدين الوكيل لو وحده) أى لو كان وكيل البيع وحده مديونا للمشترى وقع الثمن مقاصة بما عليه من الدين ويضمن الوكيل للموكل لأنه قضى دينه بمال الموكل وهذا عندهما وقال أبو يوسف : لاتقع المقاصة بدين الوكيل ، وهو مبنى على جواز إبراء الوكيل بالبيع من الثمن فعندهما يجوز إبراؤه فتقع المقاصة وعنده لايجوز فلا تقع ، ووجه البناء أن المقاصة إبراء بعوض ، فيعتبر بالإبراء بغير عوض ، ولو كان للمشترى دين على الموكل تقع المقاصة بمجرد العقد ، ولو كان له عليهما دين تقع المقاصة بدين الموكل دون دين الوكيل ذكره فى البحر تبعا للشمنى . وبه يعلم قول الشارح ، لو وحده فتنبه ومثل المقاصة فى جانب الوكيل يقال فيما إذا باعه من دائنه بدينه فإنه يصح وبرئ وضمن الوكيل للموكل كما فى الذخيرة (قوله ويضمنه) أى الوكيل لموكله لأنه قضى دينه بمال الموكل وإن هلك المبيع فى يده قبل تسليمه بطلت المقاصة ، ولا ضمان للموكل على الوكيل ، لأنه بالهلاك انفسخ البيع من أصله ، ولو أبرأ الوكيل والموكل المشترى عن الثمن معا برئ بإبراء الموكل (قوله بخلاف وكيل يتيم) الجار متعلق بقول المتن فإن دفع له صح ، والمراد بوكيل اليتيم وصيه كما فى العينى يعنى لو دفع المشترى من الوصى الثمن لليتيم لايصح ، لأنه لايخرج عن العهدة بل يجب عليه الدفع للوصى ثانيا لأن اليتيم ليس له قبض ماله فكان الدفع إليه تضييعا فلا يعتد به أبو السعود (قوله وصرف) أى وكيل صرف يعنى أن الوكيل بالصرف إذا صارف وقبض الموكل بدل الصرف يبطل الصرف لإفتراق أحد العاقدين من غير قبض ، لأن التقابض فيه بمنزلة الإيجاب والقبول ، وهما يتعلقان بالمتعاقدين ، فكذا التقبض فيه ذكره الشمنى (قوله مع مولاه) متعلق

فلا يملك قبض ديونه ولو قبض صح استحسانا مالم يكن عليه دين لأنه للغرماء بزازية .
[فرع] التوكيل بالاستقراض باطل لا الرسالة درر والتوكيل بقبض القرض صحيح فتنبه .

باب الوكالة بالبيع والشراء

الأصل أنها إن عمت

قوله مأذون (قوله فلا يملك) أى المولى قبض ديونه لأنه أعلى منزلة من الوكيل لأنه يتصرف لنفسه والوكيل لغيره (قوله مالم يكن عليه دين) إلا قعد فى التعبير أما إذا كان عليه دين الخ ويكون محترز قول المصنف لادين عليه ط (قوله لأنه للغرماء) أى لأن الحق فيما بيده والأولى التصريح به (قوله التوكيل بالاستقراض باطل) وعليه الفتوى قهستانى عن الخزانة حتى لو وكل به فاستقرض كان له لاللموكل ، لأن البدل فيه لايجب دينا فى ذمة المستقرض بالعقد بل بالقبض والأمر بالقبض لايصح ، لأنه ملك الغير بخلاف البيع ، فإن حكمه يثبت بالعقد فيقوم غيره مقامه فيه . والمذكور فى الذخيرة ونحوه فى الخانية أن المأمور بالاستقراض إن تصرف فى عبارة نفسه بأن قال للمقرض : أقرضنى عشرة دراهم كان الاستقراض لنفسه لاللآمر ، فله أن يمنع العشرة منه وإن تصرف فى عبارة الآمر بأن قال مثلا إن فلانا استقرض منك عشرة دراهم فقبل القرض كانت العشرة للآمر لكن المأمور فى هذه الصورة رسول لاوكيل والباطل الوكالة فى الاستقراض دون الرسالة ط وقدمنا الكلام عليه مستوفى فلا تغفل (قوله لاالرسالة) أى فإنها غير باطلة لإنتفاء تفويض التصرف فيها : لأن الرسول سفير محض ، وقد مر أن التوكيل بالإقراض صحيح لأنه تفويض التصرف فى ملكه (قوله والتوكيل بقبض القرض صحيح) بأن يقول لرجل أقرضنى ثم يوكل رجلا بقبضه اه وفى هذه الصورة منافاة لقوله فى العبارة التى قبل هذه والأمر بالقبض لايصح لأنه ملك الغير ط وارجع إلى ماقدمناه .

[فرع] التوكيل بالإقرار صحيح ، ولا يكون التوكيل به قبل الإقرار إقرارا من الموكل ، وعن الطواويسى معناه أن يوكل بالخصومة ويقول : خاصم فإذا رأيت لحوق مؤنة أو خوف عار على فأقر بالمدعى يصح إقراره على الموكل كذا فى البزازية ، وللشافعية فيها قولان أصحهما لايصح . وقدم الشيخ يعنى صاحب البحر فى كتاب الشركة فى الكلام على الشركة الفاسدة أنه لايصح التوكيل فى أخذ المباح ، وأنه باطل رملى على البحر والفرع سيأتى متنا فى باب الوكالة بالخصومة والله تعالى أعلم وأستغفر الله العظيم

باب الوكالة بالبيع والشراء

أفردهما بباب على حدة وقدمهما على سائر الأبواب لكثرة أحكامهما وكثرة الاحتياج إليهما وقدم بحث الشراء لأنه ينبئ عن إثبات الحق والبيع ينبئ عن إزالته والإزالة بعد الإثبات .

واعلم : أن الوكيل بالشراء إذا اشترى نسيئة فحل بموته لايحل على الآمر كما فى منية المفتى (قوله الأصل أنها إن عمت) بأن يقول . ابتع ما رأيت جازت الوكالة لأنه فوّض الأمر إلى رأيه ، فأى شىء اشتراه له يكون ممتثلا به درر .

وفى البحر عن البزازية : ولو وكله بشراء أى ثوب شاء صح ، ولو قال : اشتر لى الأثواب لم يذكره محمد رحمه الله تعالى قيل : يجوز وقيل : لا ولو أثوابا لايجوز ، ولو ثيابا أو الدواب أو الثياب أو دواب يجوز وإن لم يقدر الثمن اه . وفى حاشية الدر للمولى عبد الحليم : وفرقوا بين ثيابا وأثوابا فقالوا الأول للجنس ،

أو عامت أو جهلت جهالة يسيرة وهى جهالة النوع المحض كفرس صحت وإن فاحشة وهى جهالة الجنس كدابة بطلت وإن متوسطة

لا كان الفرق نشأ من عرفهم كذا فى الكافى والخلاصة والتحقيق فيه أنه ذكر الثياب ونحوها من ألفاظ العموم يصح التفويض إلى الوكيل بخلاف ثوب أو أثواب لايظهر العموم فيها فيصير شائعا فى جنسه متفاحش الجهالة فلا يصح كما فى المقدسى اه (قوله أو علمت) أى بالشخص كأن قال : هذا الشىء المعين أو بالنوع المحض وأراد به ماتقاربت آحاده وهو الذى عناه بقوله أو جهلت جهالة يسيرة الخ .

مطلب الجهالة ثلاثة أنواع

(قوله أو جهلت بجهالة يسيرة) قال فى الكفاية: الأصل أن الجهالة ثلاثة أنواع: فاحشة : وهى جهالة الجنس كالتوكيل بشراء الثوب والدابة والرقيق ، وهى تمنع صحة الوكالة وإن بين الثمن ويسيرة وهى جهالة النوع كالتوكيل بشراء الحمار والبغل والفرس والثوب الهروى والمروى فإنها لاتمنع صحة الوكالة ، وإن لم يبين الثمن ومتوسطة : وهى بين الجنس والنوع كالتوكيل بشراء عبد وشراء أمة أو دار فإن بين الثمن أو النوع تصح ، وتلحق بجهالة الجنس لأنه يمنع الامتثال (قوله وهى جهالة النوع المحض كفرس صحت) احتراز بالمحض عما تردد بين الجنس والنوع كالعبد والدار ففيه التفصيل المتقدم والآتى (قوله وإن فاحشة وهى جهالة الجنس كدابة بطلت) أى وإن بين الثمن والجنس عند الفقهاء ، وهو المقول على كثيرين مختلفين فى الأحكام ، ولا شك أن الدابة فى اللغة مايدب على الأرض ويشمل المكلف والطاهر ونجس العين ونجس السؤر . وما فيه الزكاة وما يحل بيعه إلى غير ذلك . وفى العرف : ذوات الأربع ، وهو قريب منه فإذا جرى العرف على غير ذلك اتبع لأن المتكلم يقصد المتعارف عنده فالمدنى إذا قال : وكلتك بشراء دابة لايقصد منها إلا الحمار ، فهو كما لو سماه وفى بعض الجهات يريدون بالحيوان الحمار ، ولا يعرفون للحيوان معنى سواه . وفى دمشق يباع ثياب معلومة من القطن فى سوق معين بعد صلاة العصر ، فلو وكل أحدا ممن يتعاطاها أن يشترى له ثوبا لم ينصرف إلا لها، وعلى هذا يقاس قوله وإن متوسطة : وهى جهالة النوع الغير المحض وهو ماتفاوتت أفراده تفاوتا فاحشا كعبد ولذا لايجرى فيه الجبر على القسمة .

قال فى النهاية : وحاصل هذا أن الجهالة لاتخلوا ما إن كانت فى المعقود عليه ، وهو المبيع والمشترى ، أو فى المعقود به وهو الثمن فالجهالة بالمعقود عليه لاتخلو من ثلاثة أوجه جهالة فاحشة : وهى ما كانت فى الجنس مثل التوكيل بشراء الثوب والدابة والرقيق ، فلا يصح سواء سمى الثمن أو لم يسم ، لأن إسم الرقيق يتناول الذكر والأنثى وهما من بنى آدم جنسان مختلفان ، حتى لو اشترى شخصا على أنه غلام ، فإذا هو جارية كان البيع باطلا وكذلك إسم الدابة يقع على مايدب على وجه الأرض دليله قوله تعالى — ومامن دابة فى الأرض إلا على الله رزقها — وجهالة يسيرة وهى ما كانت فى النوع المحض كالتوكيل بشراء شاة أو بقر أو فرس أو ثوب هروى أو جارية تركية أو هندية ، وهو صحيح بين الثمن أو لم يبين وجهالة متوسطة بين منزلة الجنس . والنوع كالتوكيل بشراء عبد أو جارية أو دار أو لؤلؤ فهذه الأشياء ملحقة بالجنس من وجه ، لأن اختلاف العبد والجوارى أكثر من اختلاف سائر الأنواع ، وعادة الناس فى ذلك مختلفة فإذا لم يسم الثمن أو الصفة ألحق بمجهول الجنس ، وإذا سمى الثمن أو الصفة بأن قال تركى أو هندى ألحق بمجهول النوع ، وهذا لأن العبيد جنس واحد باعتبار منفعة العمل أجناس مختلفة باعتبار منفعة الجمال وأن منفعة الجمال مطلوبة من بنى آدم ، ولهذا يجعل رؤية الوجه من بنى آدم كرؤية الكل فى إسقاط خيار الرؤية . وفى هذه المنفعة يختلف التركى والهندى اختلافا

. . . .

فاحشا فكان جنسا واحدا من وجه دون وجه ، فألحقناه بالجنس الواحد عند بيان الثمن والصفة والجنس المختلف إذا لم يبين أحدهما عملا بالشبهين ، ولنا جهالة جنس المعقود به لاتمنع صحة التوكيل ، حتى أن من وكل ببيع عين من أعيان ماله جاز وإن لم يبين الثمن ، وجاز له أن يبيع بأى ثمن شاء عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى ، لأن المعقود به اكتساب المالية والأجناس كلها فى المالية ، سواء فمن هذا الوجه اتحد الجنس ، ولا يختلف وأما المعقود عليه فالمالية كما هى مقصودة فمرافق أخر أيضا مقصودة كالسن والركوب ، وباعتبارها يختلف الجنس . فلم تجز الوكالة عند اختلاف الجنس ، كذلك ولهذا قلنا : لايشترط بيان الجنس ، ولا بيان النوع فى المضاربة إذ المقصود بها اكتساب المالية والأنواع والأجناس ، سواء فى اعتبار المالية كذا ذكره الإمام المرغينانى والمحبوبى رحمهما الله تعالى . والأصل : أن الجهالة اليسيرة تتحمل فى الوكالة كجهالة الوصف استحسانا وإنما قيد بقوله استحسانا لأن القياس يأباه .

فإن قلت : قد ذكر فى المبسوط وإن سمى الجنس والنوع ، ولم يبين الصفة جازت الوكالة ، سواء سمى الثمن أو لم يسم وهذا استحسان . وفى القياس لايجوز مالم يبين الصفة وجه القياس : أن التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع والشراء ، فلا يجوز إلا ببيان وصف المعقود عليه . ألا ترى أنا نجعل الوكيل كالمشترى لنفسه ، ثم كالبائع من الموكل ، وفى ذلك الجهالة تمنع الصحة فكذا فيما اعتبر به ، وكان بشر المريسى يأخذ بالقياس إلى أن نزل به ضيف فدفع دراهم إلى إنسان ليأتى بالرؤوس المشوية فجعل يصفها له ، فعجز عن إعلامه بالصفة فقال : اصنع مابدا لك فذهب الرجل واشترى الرؤوس وحملها إلى عياله وعاد إلى بشر بعد ما أكلها فقال له أين ماقلت لك قال : ما قلت لى اصنع مابدا لك وقد بدا لى مافعلت فرجع عن قوله . وأخذ بالاستحسان . وجه الاستحسان ماروى عن النبى صلى الله عليه وسلم « أنه دفع دينارا إلى حكيم بن حزام وأمره أن يشترى شاة للأضحية » ولم يبين صفتها وأيضا فإن وجه الاستحسان ماذكره أن مبنى التوكيل على التوسعة لأنه استعانة وفى اشتراط عدم الجهالة اليسيرة حرج فلو اعتبرناه لكان مافرضناه توسعة ضيقا ، وحرجا وذلك خلف باطل فلا بد من بيان الجهالة اليسيرة وغيرها ليتميز مايفسد الوكالة عما لايفسدها .

فنقول : إذا كان اللفظ يجمع أجناسا كالدابة والثوب أو ماهو فى معنى الأجناس كالدار والرقيق على مايجىء(١) فى الكتاب المولد فإنه راد وذكر فى المغرب المولدة التى ولدت ببلاد الإسلام والسطة(٢) مع الوسط كالعدة والوعد والعظة الوعظ فى أن التاء عوضت فى آخرها عن الواو الساقطة من أولها فى المصدر والفعل من حد ضرب ومن قال لآخر : اشتر لى ثوبا أو دارا أو دابة فالوكالة باطلة أى وإن بين الثمن ، وقد ذكرنا ولما بطلت الوكالة كان الشراء واقعا على الوكيل وبه صرح فى نسخ الجامع الصغير فقال رجل : أمر رجلا أن يشترى له ثوبا أو دابة فاشترى فهو مشتر لنفسه ، والوكالة باطلة وكذا الدار أى لايصح التوكيل بشراء الدار مطلقا ، وذكر الإمام قاضيخان رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير والدار أيضا من الجنس والنوع ، لأنها تختلف بقلة المرافق وكثرتها فإن بين الثمن يلحق بجهالة النوع ، وإن لم يبين يلحق بجهالة الجنس وعلى تقرير المتأخرين يشترط المحلة لأنها تختلف باختلاف المحال ، ولما سمى من الثمن توجد الدار فى كل محلة وكذا لو قال : اشتر لى

(١) (قوله على ما يجىء الخ) هكذا الأصل ، ولتحرر هذه العبارة فإنها غير ظاهرة ولذلك نبه المؤلف رحمه الله تعالى فى آخر المقولة على أن النسخة محرفة جدا .

(٢) أى الوسط

كعبد فإن بين الثمن أو الصفة كتركى صحت وإلا لا (وكله بشراء ثوب هروى أو فرس أو بغل صح) بما يتحمله حال الآمر

حنطة لايصح مالم يبين عدد القفزان أو الثمن ، لأن هذا الإسم يتناول القليل والكثير وإن سمى ثمن الدار ، ووصف جنس الدار والثوب جاز معناه فى نوعه ، ويعيده بذكر نوع الدار مخالف لرواية المبسوط فقال فيه : وإن وكله بأن يشترى له دارا ولم يسم ثمنا لم يجز ذلك على الآمر ، ثم قال : وإن سمى الثمن جاز لأن تسمية الثمن تصير معلومة عادة ، وإن بقيت جهالة فهى يسيرة مستدركة والمتأخرون من مشايخنا يقولون فى ديارنا لايجوز إلا ببيان المحلة وكذا إذا سمى نوع الدابة بأن قال حمار يصح التوكيل بشراء الحمار ، وإن لم يسم الثمن ، لأن الجنس صار معلوما بالتسمية ، وإنما بقيت الجهالة فى الوصف فتصح الوكالة بدون تسمية الثمن وإن كانت الحمير أنواعا منها للركوب ، ومنها للحمل فإن هذا اختلاف الوصف ، وذلك لايضر مع أن ذلك يصير معلوما بمعرفة حال الموكل اه مافى النهاية ولتراجع نسخة أخرى ، لأن النسخة التى بيدى محرفة جدا (قوله كعبد) فى الجوهرة الشاة مثله « لأن النبى صلى الله عليه وسلم أعطى عروة دينارا وأمره أن يشترى له شاتا فذكر الجنس والثمن » وإن قال اشتر شاة أو عبدا ولم يذكر ثمنا ولا صفة فالوكالة باطلة لأن اختلاف العبيد والجوارى أكثر من اختلاف سائر الأنواع ، وعادة الناس فى ذلك مختلفة فكانت بين الجنس والنوع (قوله فإن بين الثمن الخ) لأن بتقدير الثمن يصير النوع معلوما أطلقه فشمل ما إذا كان الثمن مخصصا نوعا أولا وبه اندفع مافى الجوهرة حيث قال : وهذا إذا لم يوجد بهذا الثمن من كل نوع أما إذا وجد لايجوز عند بعض المشايخ انتهى .

أقول : جزم منلا خسرو فى متنه الغرر حيث قال : فإن بين النوع أو ثمن عين نوعا صحت وإلا لا انتهى ، ومثله فى غرر الأفكار مختصر النهاية ، لكن قال القهستانى فى شرحها والأحسن ترك الصفة يعنى الثمن بقوله : عين نوعا فإن النوع صار معلوما بمجرد تقدير الثمن كما فى الهداية وعن أبى يوسف أنه ينصرف إلى مثل مايليق بحال الموكل اه ولا يخفى مافيه .

أقول : قال المقدسى بعد نقله عبارة الجوهرة المذكورة مؤيدا لها .

قلت : ولا شك أن الخمسين مثلا يوجد بها من الحبشى والهندى وغيرهما اه (قوله صحت) أى الوكالة (قوله وإلا) أى وإن لم يبين الثمن أو الصفة لايصح (قوله وكله بشراء ثوب هروى) منسوب إلى هراة مدينة بخراسان فتحت زمن عثمان رضى الله تعالى عنه قال الإتقانى : فإن قال : اشتر ثوبا هرويا ولم يسم الثمن فهو جائز إذا اشتراه بما يشترى مثله أو زاد على ذلك بما يتغابن الناس فى مثله ، وكذلك كل جنس سماه من الثياب فإن سمى له ثمنا فزادا على ذلك الثمن لم يلزم الآمر ، وإن نقص من ذلك الثمن لم يلزم الآمر ، فإن وصف له صفة وسمى له ثمنا فاشترى له تلك الصفة بأقل من ذلك الثمن ، جاز ذلك على الآمر اه .

والأصل فيه أنه إذا بين الموكل به بجنسه . ونوعه ووصفه تصح الوكالة به لا محالة وإن ترك جميع ذلك وذكر لفظا يدل على أجناس مختلفة فذاك مجهول ، فلم تصح الوكالة أصلا لتمام الجهل وإن بين الجنس وذكر لفظا يدل على أنواع مختلفة ، فإن ضم إليه بيان النوع أو الثمن صحت الوكالة وإلا فلا وإن بين النوع ولم يبين الوصف كالجودة وغيرها فكذلك أى تصح الوكالة كذا فى العناية والمقدسى (قوله أو فرس أو بغل) قيد بهما للاختلاف فى الشاة كما تقدم فمنهم من جعلها من هذا القبيل أى الجهالة الفاحشة ، ومنهم من جعلها من قبيل المتوسطة (قوله صح بما يتحمله حال الآمر) حتى لو أن عاميا وكله بشراء فرس فاشترى فرسا يليق بالملوك

زيلعى فراجعه (وإن لم يسم ثمنا) لأنه من القسم الأول (وبشراء دار أو عبد جاز إن سمى) الموكل (ثمنا) يخصص نوعا أولا بحر (أو نوعا) كحبشى زاد فى البزازية : أو قدرا كـكذا قفيزا (وإلا) يسم ذلك (لا) يصح وألحق بجهالة الجنس (و) هى ما لو وكله (بشراء ثوب أو دابة لا) يصح (وإن سمى ثمنا)

لزم الوكيل قال الإتقانى وإنما جعل جهالة النوع عفوا لأن التفاوت بين النوع والنوع يسير فلا يمنع الامتثال لـكن تنصرف الوكالة إلى مايليق بحال الموكل اه (قوله زيلعى فراجعه) عبارته لأن الوكيل قادر على تحصيل مقصود الموكل بأن ينظر فى حاله ـه . وفى الـكفاية : فإن قيل الحمير أنواع منها مايصلح لركوب العظماء ومنها مالا يصلح إلا ليحمل عليه .

قلنا : هذا اختلاف الوصف مع أن ذلك يصير معلوما بمعرفة حال الموكل حتى قالوا إن القارىء إذا أمر إنسانا بأن يشترى له حمارا ينصرف إلى مايركب مثله ، حتى لو اشتراه مقطوع الذنب أو الأذنين لايجوز عليه (قوله لأنه من القسم الأول) أى مما فيه جهالة يسيرة : وهى جهالة النوع المحض لأنه ببيان الصفة صارت يسيرة وإن لم يسم ثمنا (قوله وبشراء دار) جعل الدار كالعبد تبعا للكنز موافقا لقاضيخان لـكنه شرط مع بيان الثمن بيان المحلة كما فى فتاواه مخالفا للهداية ، فإنه جعلها كالثوب من الجهالة الفاحشة ، لأنها تختلف باختلاف الأغراض ، والجيران والمرافق والمحال والبلدان ولذا لو تزوّج على دار لم تـكن تسمية صحيحة وذكر فى المعراج أنه مخالف لرواية المبسوط قال : والمتأخرون قالوا فى ديارنا لايجوز إلا ببيان المحال ، ووفق فى البحر بحمل مافى الهداية على ما إذا كانت تختلف فى تلك الديار اختلافا فاحشا وكلام غيره على ما إذا كانت لاتتفاحش (قوله يخصص نوعا أولا) بأن كان يوجد بهذا الثمن أنواع وقصد به الرد على مافى الجوهرة على مامر ، وعبارة المقدسى الأولى أن يقول كما قال فى البحر أطلقه فشمل إذا ماكان ذلك الثمن يخصص نوعا أو لا ثم قال : وبه اندفع مافى الجوهرة حيث قال : وهذا إذا لم يوجد بهذا الثمن من كل نوع ، أما إذا وجد لم يجز عند بعض المشايخ .

وفى الـكافى لو قال : اشتر لى بألف درهم ثيابا أو دواب أو شيئا أو ماشئت أو ما رأيت أو أدنى شىء حضرك ، أو ما يوجد أو مايتفق صح . لأن التعميم دلالة التفويض إلى رأيه وكذا لو قال : اشتر لى بألف وبع أو اجعل ألفا من مالك بضاعة لأنه تفويض ، وكذا لفظ البضاعة يدل على التعميم (قوله زاد فى البزازية أو قدرا) أى فى مكيل تتفاوت أفراده .

قال فى البحر : والحنطة من هذا القبيل وبيان المقدار كبيان الثمن كما فى البزازية والخانية ، وأراد التفاوت فى القلة والـكثرة ولذا تزول ببيان القدر وهو الـكيل فى المـكيلات والوزن فى الموزونات ، فلو قال : اشتر لى حنطة لايصح مالم يبين القدر فيقول : كذا قفيزا ويتعين البلد الذى فيه كما فى البزازية (قوله وإلا يسم ذلك) أى ماذكر من الثمن والنوع والقدر (قوله وهى) أى جهالة الجنس (قوله لايصح وإن سمى ثمنا للجهالة الفاحشة) فإن الدابة لغة إسم لما يدب على وجه الأرض وعرفا للخيل والبغل والحمار ، فقد جمع أجناسا وكذا الثوب ، لأنه يتناول الملبوس من الأطلس إلى الـكساء ، ولهذا لايصح تسميته مهرا كما تقدم وإذا اشترى الوكيل وقع الشراء له كما قدمناه عن النهاية . وسيأتى متنا فى هذا الباب لو وكله بشراء شىء بغير عينه ، فالشراء للوكيل إلا إذا نواه للموكل أو شراه بماله أى مال الموكل ، والظاهر أنه مقيد بما إذا سمى ثمنا أو نوعا تأمل . ويكون قوله بغير عينه مقابلا لما سمى عينه بعد بيان الجنس .

للجهالة الفاحشة (وبشراء طعام وبين قدره أودفع ثمنه وقع) فى عرفنا (على المعتاد) المهيأ (للأكل) من كل مطعوم يمكن أكله بلا إدام (كلحم مطبوخ أو مشوى) وبه قالت الثلاثة (وبه يفتى) عينى وغيره اعتبارا للعرف

قال فى البحر : قيد بالمنكر ، لأنه لوكان معينا لايحتاج إلى تسمية الجنس والصفة وأشار بثوب إلى أن ثيابا كذلك لوجود جهالة الجنس اه لكنه مخالف لما سيذكره : أى صاحب البحر عن البزازية من أنه لو قال : أثوابا لايجوز ولو ثيابا يجوز ، وفى حاشية مسكين ، ولو وكله بشراء ثياب صح وبشراء أثواب لا لأن ثيابا يراد به الجنس مفوضا إلى الوكيل لدلالته على العموم لكونه جمع كثرة ، بخلاف أثواب خلافا لما فى البحر مقدسى اه لأنه عكس الحكم

وفى التتارخانية عن العتابية ولو قال : اشترلى شيئا أوثوبا لم يصح لأنه مجهول جدا إلا إذا وجد دلالة التفويض ، وهو التعميم بأن قال ثيابا أو الثياب أو الدواب يجوز بتناول أدنى ما ينطلق عليه الاسم ، وإذا قال اشتر بها شيئا أو ثوبا أو أثوابا أو قال : ما أريده أو أحتاج إليه لا يصح بخلاف اشترلى ما اتفق لك أو ما شئت أو ما اشتريت فهولى (قوله للجهالة الفاحشة) هذا هو القسم الثالث منها (قوله وبين قدره أودفع ثمنه) فلوقال : اشترلى طعاما أى من غير دفع ثمن ، ولا بيان مقدار لم يجز على الآمر أفاده صاحب البحر (قوله وقع فى عرفنا على المعتاد الخ) هذه عبارة البزازية وفى عرف الكوفة إلى البر ودقيقه وهو الاستحسان والقياس أن يتناول كل مطعوم ، لإطلاق الاسم واعتيارا للحقيقة كما فى اليمين على الأكل إذا الطعام اسم لما يطعم . قال فى النهر : الطعام يعم ما يؤكل على وجه التطعم كجبن وفاكهة لكن فى عرفنا لا اه .

وجه الاستحسان أن العرف أملك وهو على ما ذكرناه إذا ذكر مقرونا بالبيع والشراء . ولا عرف فى الأكل فبقى على الوضع أطلقه فشمل ما إذا كثرت الدراهم أو قلت . وقيل ينظر إليها فإن كانت كثيرة فعلى البر وأن كانت قليلة فعلى الخبز وإن كانت بين الأمرين فعلى الدقيق ، والفارق العرف . ويعرف بالاجتهاد حتى إذا عرف أنه بالكثير من الدراهم يريد به الخبز بأن كان عنده وليمة يتخذها هو جازله أن يشترى الخبزله وقال بعض مشايخ ماوراء النهر فى عرفنا : ينصرف إلى ما يمكن أكله يعنى المعتاد للأكل كاللحم المطبوخ والمشوى أى ما يمكن أكله من غير إدام دون الحنطة والخبز قال فى الذخيرة وعليه الفتوى اه وهذا هو الذى عول عليه الماتن رحمه الله تعالى (قوله اعتبارا للعرف) أقول : ماذكره بناء على ماقاله فى الكنز من أنه على البر ودقيقه كما عرفت ، أماما اختاره هنا من أنه يقع على ما اعتاده للأكل كلحم مطبوخ . ومشوى فلا يلائم قوله فيما تقدم بين قدره ، لأنه لا مقدار له حينئذ لأن المقدار هو الكيل والوزن ، ولا يجرى فيما تؤثر فيه النار لعدم انضباطه به لاختلاف مقدار استوائه ونضجه بالطبخ والشى بل يصير قيميا يعرف بدفع الثمن أو تسميته على أن فى عرفنا الآن لا يطلق الطعام على المشوى . بل يعتبر العرف وحال الموكل . فإن التخاطب على حسب ذلك فإذا تعورف شراء الطعام مطبوخا وأعطاه ثمنا يليق بحاله أو يقاربه يشترى له ذلك ، وإن أعطاه مالا كثيرا ينبغى أن يقسطه على حسب حاله إلا أن يكون متخذا وليمة تقضى مثل ذلك ، وأن كان العرف على البر والدقيق والخبز صرف الكثير إلى البر والمتوسط إلى الدقيق ، والقليل إلى الخبز إلا إن اقتضى الحال خلافه وهذا كله إذا دفع إليه دراهم ، وقال : اشترلى طعاما أما إذا لم يدفع إليه دراهم . وقال : اشترلى طعاما لم يجز على الآمر لأنه لم يبين له مقدارا وجهالة القدر فى المكيلات ، والموزونات كجهالة الجنس من حيث إن الوكيل لا يقدر على حصول تحصيل الآمر بما يسمى له ٥ .

كما فى اليمين (وفى الوصية له) أى اشخص (بطعام يدخل كل مطعوم) ولو دواء به حلاوة كسكنجبين بزازية .
(وللوكيل الرد بالعيب ما دام المبيع فى يده) لتعلق الحقوق به (ولوارثه أو وصيه ذلك بعد موته) أى موت الوكيل (فإن لم يكونا فلموكله ذلك) أى الرد بالعيب وكذا الوكيل بالبيع

والحاصل : أن الطعام قيل هو اسم للبر ودقيقه ، وقيل هو اسم لكل مطعوم وقيل بالتفصيل والأول عرف أهل الكوفة وجرى عليه فى الكنز كما عرفت ، والثانى عرف غيرهم وعليه المصنف ، والثالث ذكره فى الوقاية لكن قال صدر الشريعة ينبغى أن تكون باطلة إن قلنا : إن الطعام يقع على كل ما يطعم فتكون جهالة جنسه فاحشة . وجوابه أنه يدفع الثمن وبيان المقدار يعلم النوع فتنتفى جهالة الجنس والله تعالى أعلم .

وأقول : أن هذه المسألة غير محررة تأليفا وفقها وتحريرها أن يقال : إذا قرن الطعام بالبيع : والشراء ينظر إلى عرف الوكيل . فإن كان البر فقط فلابد من بيان القدر أو الثمن وإن كان الطعام فى عرفه كما فى الخانية أنه اللحم المطبوخ والمشوى . ومايؤكل مع الخبز أو وحده فيظهر لى أنه من جهالة الجنس ، فلا يصح التوكيل بين ثمنا أولا نظير الثوب والدابة إلا أن يقول اشتر من الطعام الذى يعجبك كما يستفاد من الهداية ولما فى المقدسى . قال اشتر لى : أى ثوب شئت . فإن قلت : تقدم صحة التوكيل بشراء الثياب بألف؟ قلت : ليست الصحة لأجل ذكر الثمن بل لأجل أن المراد الجنس ، لكن لا كله لا ستحالته بل ما تيسر منه ولعل هذا من قبيل إذا ضاق الأمر اتسع . وإلا فما المانع من إرادة الجنس فيما لو وكله بشراء ثوب .

تنبيه : قال اشتر لى بهذه الدراهم وأشار إلى دنانير كان وكيلا بالدنانير ، حتى لو اشترى بالدراهم كان مشتريا لنفسه .

تنبيه آخر : أطلق الدراهم فشمات القليل : وهى من الواحد إلى الثلاثة والمتوسطة وهى من الثلاثة إلى الخمسة والكثيرة وهى العشرة وما فوقها كما فى الكافى والتبيين (قوله كما فى اليمين) أى فإنه يعتبر فيه العرف أى فإن ألفاظ الوكالة كألفاظ اليمين تبنى على العرف كما قدم فى باب اليمين فى الأكل (قوله كل مطعوم) لأن الوصية أخت الميراث فكما يكون فى كل متروك تكون الوصية لزيد بطعام الموصى بكل مطعوم (قوله ولو دواء الخ) هذا إنما ذكره البزازى فى الأيمان لا فى الوصية قال فى البحر : ومن أيمانها لا يأكل طعام فأكل دواء ليس بطعام ولا غذاء كالسقمونيا لا يحنث ولو به حلاوة كالسكنجبين يحنث انتهى فليتأمل . ولعل الشارح قصد بذلك للتنبيه على أن الوصيه فى حكم اليمين والسكنجبين خل وعسل (قوله به حلاوة) كأنه محمول على ما إذا خصه العرف بذلك .

بقى هل يعم المأكول والمشروب أو يخص الأول جعل السكنجبين منه يقتضى الأول (قوله وللوكيل للرد بالعيب) أطلقه فشمل ما إذا كان رده باذن الموكل أو بغير إذنه ، لأنه من حقوق العقد وكلها إليه وأشار إلى أنه لو رضى بالعيب فإنه يلزمه ثم الموكل إن شاء قبله وإن شاء ألزم الوكيل وقبل أن يلزم الوكيل لو هلك يهلك من مال الموكل كذا فى البزازية (قوله بعد موته أى موت الوكيل) أشار المصنف إلى أن الرد عليه لو كان وكيلا بالبيع فوجد المشترى بالمبيع عيبا ما دام الوكيل حيا عاقلا من أهل لزوم العهدة فإن كان محجورا يرد على الموكل وإلى أن الموكل أجنبى فى الخصومة بالعيب ، فلو أقر به الموكل وأنكره الوكيل لم يلزمهما شىء بخلاف عكسه فإنه يلزم الوكيل لا الموكل إلا أن يكون عيبا لا يحدث مثله فى تلك المدة للقطع بقيام العيب عند الموكل وإن أمكن حدوث مثله فى المدة لا يرده على الموكل إلا ببرهان ، وإلا يحلفه فإن نكل رده ، وإلا لزم الوكيل بحر عن البزازية (قوله فلموكله ذلك) تقدم أنه ينصب القاضى وصيا يأخذ الثمن ويدفعه للموكل وينبغى أن يكون هنا كذلك (قوله وكذا الوكيل بالبيع) أى فإنه يرد عليه ما دام الوكيل حيا عاقلا من أهل لزوم العهدة إلى آخر ما تقدم وعلى وارثه

وهذا إذا لم يسلمه (فلو سلمه إلى موكله امتنع رده إلا بأمره) لانتهاء الوكالة بالتسليم بخلاف وكيل باع فاسدا فله الفسخ مطلقا لحق الشرع قنية (و) للوكيل (حبس المبيع بثمن دفعه) الوكيل (من ماله أولا) بالأولى لأنه كالبائع

أو وصيه ، وإن لم يكن فعلى الموكل وعلى مامر ينصب القاضى وصيا ويرد عليه (قوله وهذا الخ) أى فى مسألة المتن إنما يرد الوكيل بالعيب إذا لم يسلمه إلى موكله ، ولا حاجة إليه مع قول الماتن مادام المبيع فى يده (قوله فلو سلمه) أى الوكيل (قوله امتنع) أى على الوكيل رده (قوله لانتهاء الوكالة بالتسليم) أى إلى الموكل ولأن فيه أبطال يده الحقيقية ، فلا يتمكن منه إلا بإذنه ولهذا كان خصما لمن يدعى فى المشترى دعوى كالشفيع وغيره قبل التسليم إلى الموكل لا بعده وفى جامع الفصولين الوكيل إذا قبض الثمن لايملك الإقالة إجماعا اهـ منح (قوله باع فاسدا) قال فى المنح قيد بالعيب لأنه لو وكله ببيع متاعه فباعه بيعا فاسدا وسلمه وقبض الثمن وسلمه إلى الموكل فله أن يفسخ البيع ، ويسترد الثمن من الموكل بغير رضاه لحق الشرع كذا فى القنية (قوله مطلقا) أى ولو سلم المبيع إلى المشترى ، ولو دفع الثمن إلى الموكل فله الفسخ بغير إذن الموكل ، ويسترد الثمن منه بغير رضاه (قوله قنية) عبارتها ما قدمناه عن المنح (قوله وللوكيل) أى بالشراء (قوله حبس المبيع) أى الذى اشتراه للموكل (قوله بثمن دفعه الوكيل من ماله) وإن لم يكن الدفع بأمره به صريحا فليس بمتبرع ، لأن الحقوق لما كانت راجعة إليه وقد علمه الموكل فيكون راضيا بدفعه من ماله (قوله أولا) أى لم يدفعه أصلا أو دفعه لا من ماله (قوله بالأولى) متعلق بقوله أولا ووجه الأولوية أنه مع الدفع ربما يتوهم أنه متبرع بدفع الثمن ، فلا يحبسه فأفاد بالحبس أنه ليس بمتبرع ، وإن له الرجوع على موكله بما دفعه ، فكيف إذا لم يدفع أصلا فله الحبس بالأولى ولأنه انعقدت بينهما مبادلة حكمية ولهذا لو اختلفا فى الثمن يتحالفان .

وفى وصايا الخانية · الوصى إذا نفذ الوصية من مال نفسه له أن يرجع فى تركة الميت على كل حال : أى سواء كانت الوصية للعبد ، أولم تكن وعليه الفتوى .

وفى الخلاصة الوكيل بالشراء إذا اشترى ما أمر به ثم أنفق الدراهم بعد ما سلم إلى الآمر ، ثم نقد البائع غيرها جاز ولو اشترى بدنانير غيرها ، ثم نقد دنانير الموكل فالشراء للوكيل وضمن للموكل دنانيره للتعدى .

وفى الخانية الوكيل بالشراء إذا لم يكن أخذ الثمن من الموكل يطالب بتسليم الثمن من مال نفسه ، والوكيل بالبيع لا يطالب بأداء الثمن من مال نفسه .

وفى البحر عن كفالة الخانية : لو ادعى الوكيل بالشراء دفع الثمن من ماله وصدقه الموكل وكذبه البائع لم يرجع الوكيل على الموكل اهـ لكن قال الرملى : تصديق الموكل ليس بقيد لأنه لو كذبه فبالأولى عدم الرجوع .

وعبارة الخانية : رجل عليه ألف لرجل فأمر المديون رجلا أن يقضى الطالب الألف التى له عليه فقال المأمور قضيت وصدقه الآمر ، وكذبه صاحب الدين لا يرجع المأمور على الآمر ، لأن المأمور بقضاء الدين وكيل بشراء ما فى ذمته فإذا لم يسلم له ما فى ذمته ، ويرجع المأمور على الآمر كالوكيل بشراء العين إذا قال : اشتريت ونقدت الثمن من مال نفسى ، وصدقه الموكل وكذبه البائع لا يرجع الوكيل على الموكل ، فإن أقام المأمور بينة على قضاء الدين قبلت بينته ، ويرجع المأمور على الآمر ويبرأ الآمر عن دين الطالب اهـ ولايخفى أن معنى قوله : لا يرجع الوكيل على الموكل لا يرجع بما ضاع عليه بجحود البائع وإلا فالثمن الذى وجب له بالعقد الحكمى يطالبه به بلا شبهة ، لأن الوكيل بالشراء ينزل منزلة البائع من الموكل ولذلك يتحالفان إذا اختلفا فى الثمن ويفسخ العقد الذى جرى بينهما حكما كما سيأتى فافهم (قوله لأنه كالبائع) تعليل للحبس لا للأولوية هذا إذا كان الثمن حالا فإن اشتراه بثمن مؤجل تأجل فى حق الموكل أيضا .

(ولو اشتراه) الوكيل (بنقد ثم أجله البائع كان للوكيل المطالبة به حالا) وهي الحيلة خلاصة ولو وهبه كل الثمن رجع بكله ولو بعضه رجع بالباقي لأنه حط بحر .

(هلك المبيع من يده قبل حبسه هلك من مال موكله ولم يسقط الثمن) لأن يده كيده (ولو) هلك (بعد حبسه فهو كمبيع) فيهلك بالثمن

قال في جامع الفصولين من السابع والعشرين فظ الوكيل لو لم يقبض ثمنه حتى لقي الآمر فقال : بعت ثوبك لفلان فإنا أقضيك عنه ثمنه فهو متطوع ، ولا يرجع على المشترى ، ولو قال : أقضيكه على أن يكون المال الذي على المشترى لي لم يجز ورجع الوكيل على موكله بما دفع عدة .

[تتمة] : بياع عنده بضائع لناس أمروه ببيعها فباعها بثمن مسمى ، فعجل الثمن من ماله لأصحابها على أن أثمانها له إذا قبضها فأفلس المشترى فللبائع أن يسترد ما دفع لأصحاب البضائع حموى (قوله ولو اشتراه الوكيل بنقد) أي بثمن حال فلو بمؤجل تأجل في حق الموكل أيضا فليس للوكيل طلبه حالا بحر (قوله المطالبة به حالا) فالحاصل أن العبرة لما وقع عليه العقد (قوله وهي الحيلة) أي لحلوله على الموكل دون الوكيل (قوله ولو وهبه) أي وهب البائع للوكيل (قوله كل الثمن) أي جملة واحدة أما لو وهب له نصفه ثم وهب له النصف الآخر لا يرجع الوكيل على الآمر إلا بالخمسمائة الأخرى لأن الأول : حط والثاني : هبة . قال في البحر : ولو وهبه خمسمائة ثم الخمسمائة الباقية لم يرجع الوكيل على الآخر إلا بالأخرى لأن الأولى حط والثانية هبة (قوله رجع) أي الوكيل على الآمر (قوله بالباقي) أي بالخمسمائة الأخرى كما في مسئلتنا (قوله لأنه) أي لأن الأولى (قوله حط) أي والثانية هبة وهذه المسألة مبنية على ما تقدم في البيوع أن هبة بعض الثمن حط لا هبة كله لأن الحط يلتحق بأصل البيع . وفي حط البعض يبقى البيع بالباقي ، فيرجع به على موكله هنا ولو جعل هبة الكل حطا لصار بيعا بلا ثمن فيفسد به البيع ، فلذلك جعل هبة مبتدأة للوكيل فيرجع على الموكل بالثمن للمعقود عليه كله . فلو وهبه إياه بدفعتين أو أكثر كان ما قبل الأخير حطا ، وكانت الهبة الأخيرة مبتدأة فيرجع على الموكل بقدرها فقط (قوله هلك المبيع من يده قبل حبسه) ولو هلك الثمن في يده فمن مال الآمر ، وإن اشترى ثم نقده الموكل فهلك الثمن قبل دفعه إلى البائع عند الوكيل يهلك من مال الوكيل

وفي الخانية : رجل دفع إلى رجل ألف درهم وأمره أن يشترى له بها عبدا ، فوضع الوكيل الدراهم في منزله وخرج إلى السوق ، واشترى له عبدا بألف درهم ، وجاء بالعبد إلى منزله فأراد أن يدفع الدراهم إلى البائع فإذا الدراهم قد سرقت ، وهلك العبد في منزله فجاء البائع ، وطلب منه الثمن وجاء الموكل يطلب منه العبد كيف يفعل قالوا يأخذ الوكيل من الموكل ألف درهم ، ويدفعها إلى البائع والعبد والدراهم هلكا على الأمانة في يده .

قال الفقيه أبو الليث : هذا إذا علم بشهادة الشهود أنه اشترى العبد ، وهلك في يده أما إذا لم يعلم ذلك إلا بقوله فإنه يصدق في نفي الضمان عن نفسه اهـ (قوله ولم يسقط الثمن) كان الأولى ولم يسقط الثمن عنه (قوله لأن يده كيده) أي لأن الوكيل عامل له فيصير الموكل قابضا بقبضه حكما (قوله ولو هلك بعد حبسه) قيد بالهلاك لأنه لو ذهبت عينه عنده بعد حبسه لم يسقط شيء من الثمن ، لأنه وصف والأوصاف لا يقابلها شيء لكن يخير الموكل إن شاء أخذه بكل الثمن وإن شاء تركه (قوله فهو كمبيع) هلك في يد البائع والبائع إذا حبس المبيع لاستيفاء الثمن يسقط بهلاكه ، فكذا هنا ولا رجوع للوكيل سواء تساوت قيمته مع ثمنه أو تفاوتا

وعند الثانى كرهن (ولا اعتبار بمفارقة الموكل) ولوحاضرا كما اعتمده المصنف تبعا للبحر خلافا للعينى وابن ملك (بل بمفارقة الوكيل)

ولو كان وكيلا بالاستئجار ، وقبض الوكيل الدار ليس له أن يحبسها على الموكل بالأجرة ولو شرط تعجيلها فإن حبسها حتى مضت المدة فقيل الأجر على الوكيل ويرجع على الموكل وقيل يسقط عن الموكل (قوله وعند الثانى كرهن) أى فيهلك بأقل من قيمته ومن الثمن لأنه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد إن لم يكن ، وهو الرهن بعينه فيهلك بالأقل من قيمته ، ومن الثمن حتى لوكان الثمن أكثر من قيمته رجع الوكيل بذلك الفضل على موكله ، وعند زفر يضمن جميع قيمته ، لأنه كغصب فإن كان الثمن مساويا لقيمته فلا اختلاف ، وإن كان الثمن عشرة والقيمة خمسة عشر فعند زفر يضمن خمسة عشر ، لكن يرجع الموكل على الوكيل بخمسة وعند الباقين يضمن عشرة ، وإن كان بالعكس فعند زفر يضمن عشرة ، ويطلب الخمسة من الموكل ، وكذا عند أبى يوسف ، لأن الرهن يضمن بالأقل من قيمته والدين ، وعند محمد يكون مضمونا بالثمن وهو خمسة عشر ابن كمال .

والحاصل : أن المبيع يكون مضمونا ضمان المبيع عندهما وهو سقوط الثمن أقل أو أكثر من القيمة وضمان الرهن عند أبى يوسف وهومضمون بالأقل من قيمته ومن الثمن ، وضمان الغصب عند زفر وهو مضمون بالمثل لو مثليا وبالقيمة لو قيميا بالغة ما بلغت ، وباقى التفصيل فى صدر الشريعة وغيره وبعض الشارحين رجحوا هنا قول أبى يوسف : واختار صاحب الدرر قولهما كالمصنف حيث لم يتعارضا للاختلاف كما لا يخفى (قوله كما اعتمده المصنف الخ) قال العينى : قال فى النهاية : هذا إذا كان الموكل غائبا عن مجلس العقد ، أما إذا كان حاضرا يصير كأن الموكل صارف بنفسه فلا تعتبر مفارقة الوكيل وعزاه إلى خواهر زاده .

قال الشارح : هذا مشكل فإن الوكيل أصيل فى البيع حضر الموكل العقد أو لم يحضر قلت هذا ليس بمشكل ، فإن الوكيل نائب عنه فإذا حضر الأصل فلا يعتبر النائب قال المصنف : وانتظم كلامه ما إذا كان الموكل حاضرا أو غائبا . قال شيخنا فى بحره بعد أن ذكر ما قدمناه من عدم الفرق بين حضور الموكل وغيره ، وما فى النهاية ضعيف لكون الوكيل أصيلا فى الحقوق فى البيع مطلقا اهـ فى قوله : أصيلا الخ رد لقول العينى فإن الوكيل نائب عنه تأمل ، ويأتى تمامه فى المقولة الثانية (قوله خلافا للعينى وابن ملك) أى والحدادى نقلا عن المستصفى ، ومشى عليه فى درر البحار وعزاه صاحب النهاية إلى الإمام خواهر زاده واستشكله الزيلعى ، وصاحب العناية بأن الوكيل أصيل فى باب البيع حضر الموكل العقد أو لم يحضر ، وقال الزيلعى : وإطلاق المبسوط ، وسائر الكتب دليل على أن مفارقة الموكل لا تعتبر أصلا ، ولوكان حاضرا وهذا منشأ ما مشى عليه المصنف تبعا للبحر ، لكن أجاب العينى عن الإشكال بأن الوكيل نائب فإذا حضر الأصيل فلا يعتبر النائب اهـ .

وتعقبه الحموى بأن الوكيل نائب فى أصل العقد أصيل فى الحقوق ، وحينئذ فلا اعتبار بحضرة الموكل ، ومما يتضح به تزييف جواب العينى ما ذكره هو نفسه عند قول المصنف : وللمشترى منع الموكل عن الثمن من أن الموكل أجنبى عن العقد ، وحقوقه لأنها تتعلق بالعاقد على ما بينا كذا أفاده أبوالسعود ، وذكر فى الحواشى السعدية أنه توارد مع الزيلعى فى هذا الإشكال ، ثم نقل عبارة الزيلعى ، وقال : وعليك بالتأمل وبه علمت أن ما ذكره الشارح : أى العينى فى غير محله .

ولو صبيا (فى صرف وسلم فيبطل العقد بمفارقة صاحبه قبل القبض) لأنه العاقد والمراد بالسلم الإسلام لا قبول السلم لأنه لايجوز ابن كمال (والرسول فيهما)

أقول : وبالله التوفيق الذى يقطع عرق الإشكال من أصله ماقدمه الشارح عن الجوهرة ، والمصنف فى منحه من أن المعتمد أن العهدة على آخذ الثمن ، لا العاقل لو حضرا فى أصح الأقاويل ، وما ذكره العينى مبنى على القول الآخر من أنه لا عبرة بحضرته وهو ما مشى عليه فى المتن سابقا فتنبه (قوله واو صبيا) أى بالمبالغة لأنه محل توهم حيث لا ترجع الحقوق إليه قال المصنف : والمستحق بالعقد قبض العاقد ، وهو الوكيل فيصح قبضه وإن كان لا تتعلق به الحقوق كالصبى والعبد المحجور عليه ولذا أطلقه فى المختصر تبعا للكنز وغيره (قوله فيبطل العقد) تفريع على الأصل المذكور كذا قاله صاحب الهداية والكافى وسائر المتأخرين درر (قوله بمفارقة صاحبه) أى مفارقة الوكيل صاحبه وهو العاقد منح (قوله والمراد بالسلم الإسلام) بأن يوكل رب السلم شخصا بدفع رأس السلم إلى المسلم فيه (قوله لا قبول السلم) بأن يوكل المسلم إليه من يقبض له رأس مال السلم لأن الوكيل إذا قبض رأس المال بقى المسلم فيه فى ذمته وهو مبيع ، ورأس المال ثمنه وقد وكل فى قبضه ، ولا يجوز أن يبيع الإنسان ماله بشرط أن يكون الثمن لغيره كما فى بيع العين ، وإذا بطل التوكيل كان الوكيل عاقدا لنفسه فيجب المسلم فيه فى ذمته ورأس المال مملوك له ، وإذا أسلمه إلى الآمر على وجه التمليك منه كان قرضا اه نعم يجوز توكيل المسلم اليه بدفع المسلم فيه (قوله لأنه لا يجوز) نقله فى البحر عن الجوهرة ، وعبارتها بأن وكله يقبل له السلم ، وعبارة الهداية ومراده التوكيل بالإسلام دون قبول السلم .

قال الرملى : وقد تواردت الشراح وغيرهم على هذا قال فى العناية : واعترض بأن قبول السلم عقد يملكه الموكل ، فالواجب أن يملكه الوكيل حفظا للقاعدة المذكورة عن الانتقاض وبأن التوكيل بالشراء جائز لا محالة والثمن يجب فى ذمة الموكل والوكيل مطالب به فلم لايجوز أن يكون المال للمسلم إليه والوكيل مطالب بتسليم المسلم فيه . وأجاب عن الإيرادين بجوابين ردهما الرملى ثم قال : ويختلج فى صدرى جواب لعله يكون صحيحا إن شاء الله تعالى ، وهو أنه لما اختلف العلماء ، كما قرروه فى الملك هل يثبت للموكل ابتداء أو للوكيل ثم ينتقل للموكل أثر هذا الاختلاف فى المحل شبهة ، فأوجب عدم الجواز فيما القياس فيه المنع مطلقا احتياطا إذ العقود الفاسدة مجراها مجرى الربا والأمر المتوهم فى الربا كالمحقق فى مسألة بيع الزيتون بالزيت ، فعدم جواز التوكيل من المسلم إليه لما فيه من بيع المسلم فيه قبل القبض عنــد من يقول : إنه ينتقل من الوكيل للموكل ولاحتماله عند القائل بثبوته ابتداء للموكل ، لأنه مجتهد فيه وهو محل الاحتمال والفاسد ملحق بالربا والربا يثبت بالشبهة والتوهم اه .

قال الشيخ خليل الفتال فى حاشيته : وتعقبه بعض حنفية زماننا حيث قال قوله ، ولعله يكون صحيحا يختلف فيه الرجاء فأحسن التدبر يظهر لك ذلك .

وحاصله : أن بيع المسلم فيه قبل قبضه إنما يتأتى لو كان الوكيل من طرف رب السلم والمسئلة فى الوكيل من طرف المسلم إليه وأى بيع للمسلم فيه قبل قبضه. نعم يمكن أن يكون المستفاد من هذا التقرير هو الحامل لتصحيح المشايخ القول بثبوت الملك للموكل ابتداء إذ على مقابله : وهو القول بالانتقال يشكل صحة التوكيل بالإسلام لما فيه من بيع المسلم فيه قبل قبضه اه .

قلت : وفى قوله نعم يمكن الخ نظر ظاهر فقد بناه على ما تقتضيه عبارته فكيف يثبت غرضه

أى الصرف والسلم (لاتعتبر مفارقته بل مفارقة مرسله) لأن الرسالة فى العقدلا القبض واستفيد صحة التوكيل بهما .
(وكله بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم

(قولهأى الصرف) صورته أن يقول : إن فلانا أرسلنى إليك لتصرف لههذا الدينار فقبل ، وقام الرسول قبل قبض البدل لا يفسد الصرف ، فإذا قام المرسل إليه قبل دفع البدل إلى المرسل أو نائبه أو قام المرسل من مجلسه فسد الصرف (قوله والسلم) صورته : أن يقول : إن فلانا أرسلنى إليك لتقبل منه السلم فى كذا بكذا وذهب الرسول قبل قبض رأس المال لايفسد العقد، وإنما يفسد إذا قام المرسل إليه عن المجلس قبل قبضه أو قام المرسل كذلك أفاده ر (قوله بل مفارقة مرسله) الأولى العاقد (قولهلأن الرسالة فى العقد) أى حصلت فى العقد (قولهلا القبض) وكلام الرسول، ينتقل إلى المرسل ، فيكون العاقد هو المرسل ، فيكون قبض الرسول غير قبض العاقد، فلايجوز عينى ويترتب على ذلك حرمة العقد بين الرسول والآخر لخلوه عن القبض فالخلاص أن يوكله فى الصرف ، ولو بالأمر ط (قوله واستفيد صحة التوكيل بهما) الأولى تقديم هذه الجملة قبل مسألة الرسول .

أقول : ومنشأ الاستفادة أن كلا منهما مما يباشره الموكل فيوكل فيه .

واعلم أن هذا ليس بعزيز إذ قد صرح به متن الدرر نعم يتجه لو قال واستفيد صحة الإرسال ليكون خلافا لما فى الجوهرة لا يصح الصرف بالرسالة لأن الحقوق تتعلق بالمرسل وهما مفترقان حالة العقد .

واعلم أن ما فى الجوهرة حقيق بالقبول إذا لم يكن المرسل حاضرا فى مجلس العقد (قوله وكله بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم) قيد بالموزون لأنه فى القيمى لا ينفذ بشىء على الموكل إجماعا فلو وكله بشراء ثوب هروى بعشرة فاشترى له ثوبين هرويين بعشرة مما يساوى كل واحد منهما عشرة لا يلزم الآمر واحد منهما عنده لعدم إمكان الترجيح ، لأن ثمن كل واحد منهما مجهول إذ لا يعرف إلا بالحزر بخلاف اللحم ، لأنه موزون مقدر فيقسم الثمن على أجزائه زيلعى بحر ، وأما على تقدير كون اللحم قيميا كما هو فى غير الصحيح فالفرق بينهما أن التفاوت بين العشرة أرطال وضعفها قليل ساقط عن درجة الاعتبار إذا كانا من جنس واحد ، وهو المفروض بخلاف الثوب ، فإن التفاوت يتصور بين أفراده مادة وطولا وعرضا ورفعة ودقة كما فى العناية ، ولو أمره بشراء ثوب بعينه ، والمسألة بحالها لزمه ذلك الثوب بحصته من عشرة ، وكذا لو أمره بشراء حنطة بعينها كذا فى الوجيز للكردرى .

قال فى الهندية : والأصل فى هذه المسائل أن الموكل متى جمع بين الإشارة والتسمية فى ثمن ما وكل بشرائه والمشار إليه خلاف جنس المسمى فإما أن يكونا جاهلين بحال المشار إليه أو أحدهما أو كانا عالمين ، ولا يعلم أحدهما بعلم صاحبه أو عالمين بهما ففى الثلاثة الأول تتعلق الوكالة بالمسمى لدفع الغرر عنهما أو عن أحدهما ، وفى الرابع تتعلق بالمشار إليه ، لأن الإشارة أبلغ فى التعريف من التسمية من غير مانع الغرر ، وإن كان المشار إليه من جنس المسمى ، فالوكالة تتعلق بالمشار إليه إلا إذا كان فيه ضرر بالوكيل بأن يتقرر عليه الثمن من غير رضاه .

قال لغيره : اشتر لى جارية بما فى هذا الكيس من الألف الدراهم ودفع الكيس إلى الوكيل فاشترى جارية بألف درهم كما أمر به ، ثم نظر إلى الكيس فإذا فيه ألف دينار أو ألف فلس أو تسعمائة درهم فالشراء جائز على الآمر إذا كانا جاهلين بما فى الكيس ، أو كان أحدهما جاهلا أو كانا عالمين إلا أن كل واحد لا يعلم أن صاحبه يعلم به وكذلك لو نظر الوكيل إلى ما فى الكيس وعلم به ، ثم اشترى جارية بألف درهم كان الشراء

فاشترى ضعفه بدرهم مما يباع به عشرة بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم) خلافا لهما والثلاثة قلنا إنه مأمور بأرطال مقدرة فينفذ الزائد على الوكيل ولو شرى مالا يساوى ذلك وقع للوكيل إجماعا كغير موزون (ولو وكله بشراء شىء بعينه)

الموكل ، لأن الوكالة حال وجودها تعلقت بالمسمى ، وكذلك لو كان فى الكيس ألف وخمسمائة فاشترى جارية بألف درهم فالشراء نافذ على الموكل ، وكذا إذا قال اشتر لى جارية بألف درهم نقد بيت المال الذى فى هذا الكيس فاشترى له كما أمر به ، فإذا فى الكيس ألف درهم غلة أو قال اشتر لى جارية بألف درهم غلة الذى فى هذا الكيس فاشترى له كما أمر به فإذا فى الكيس ألف درهم نقد بيت المال فالشراء جائز على الآمر هكذا فى المحيط اهـ (قوله فاشترى ضعفه) قيد بالزيادة الكثيرة لأن القليلة كعشرة أرطال ونصف رطل لازمة للآمر ، لأنها تدخل بين الوزنين فلا يتحقق حصول الزيادة بحر عن غاية البيان (قوله خلافا لهما) فعندهما يلزمه العشرون بدرهم ، لأنه فعل المأمور وزاده خيرا وصار كما إذا وكله ببيع عبده بألف فباعه بألفين ولأبى حنيفة أنه أمره بشراء عشرة ، ولم يأمره بالزيادة فينفذ الزائد عليه ، بخلاف ما استشهدا به لأن الزيادة فيه بدل ملكه زيلعى .

قال الحموى : وهو مخالف لما ذكره فى باب ما يجوز من الإجارة وكله بالبيع بألف درهم فباعه بألف دينار لا ينفذ بيعه فليتأمل اهـ .

وأقول : سيأتى أنه متى اختلف جنس الثمن بأن أمره بالدراهم فباع بالدنانير يصير مخالفا مطلقا ولو إلى خير (قوله ولو شرى ما لا يساوى ذلك) بأن اشترى ما يساوى العشرون منه درهما بدرهمين وقع للوكيل لأنه خلاف إلى شر كشرائه مهزولا ، لأن الأمر تناول السمين وهذا مهزول فلم يحصل مقصود الآمر ط (قوله وقع للوكيل إجماعا) لأنه خالف إلى شر (قوله كغير موزون) أى من القيميات كما تقدم بأن أمره بعبد بمائة فاشترى بها عبدين كل واحد يساوى المائة فالكل للمأمور إجماعا .

أقول : ومثل الموزون المكيل والمعدود المتقارب (قوله ولو وكله بشراء شىء بعينه(١)) أى وعينه له إما باسم الإشارة أو باسم العلم أو بالإضافة كأن وكله أن يشترى له هذا العبد بثمن مسمى ، وقبل الوكيل الوكالة ثم خرج من عند الموكل وأشهد على نفسه أنه يشتريه لنفسه ثم اشترى العبد بمثل ذلك الثمن فهو للموكل كما فى الهندية .

والأصل أن الوكيل يعزل نفسه بحضرة موكله لا فى غيبته دفعا للغرر هذا فى العزل القصدى ، أما فى الضمنى كما لو كان ذلك بمخالفة الموكل يصح مطلقا وعليه ، فلو وكله أن يزوجه معينة فتزوجها فقد عزل نفسه عزلا ضمنيا لأنه جعله مزوجا لامتزوجا فالذى عقده غير مسلط عليه من قبل الموكل فهو يخالف فيه ، فيكون عزلا ضمنيا بخلاف الشراء فإنه إنما فوض إليه أن يشتريه ، وقد اشترى فلم تحصل المخالفة إلا أنه نواه لنفسه لا للآمر ، فتبطل نيته ابقاء الوكالة ، وعدم عزله لعدم المخالفة منه إذ لم يباشر المأمور به حتى لو اشتراه بخلاف ما سمى له من الثمن أو بغير النقود كان مخالفا أمره فينعزل عزلا ضمنيا ، فلا يتوقف على علم الموكل .

قال الحموى : ومثل التوكيل بشراء شىء بعينه التوكيل بالاستئجار إلا أنى لم أره صريحا وهى

---

(١) الوكيل بشراء شىء بعينه لا يملك شراءه لنفسه وإن قال عند العقد شريته لنفسى إلا إن خالف فى قدر الثمن أو جنسه هذا إذا كان الموكل غائبا وإن حاضرا وصرح الوكيل بأنه يشتريه لنفسه صار مشتريا لنفسه بزازية اهـ منه .

بخلاف الوكيل بالنكاح إذا تزوجها لنفسه صح منية والفرق فى الوانى (غير الموكل لايشتريه لنفسه)

حادثة الفتوى : ولو اشترى نصف المعين فالشراء موقوف إن اشترى باقيه قبل الخصومة لزم الموكل عند أصحابنا الثلاثة .

ولو خاصم الموكل الوكيل إلى القاضى قبل أن يشترى الوكيل الباقى ، وألزم القاضى الوكيل ثم إن الوكيل اشترى الباقى بعد ذلك لزم الوكيل بالإجماع ، وكذا كل ما فى تبعيضه ضرر ، وفى تشقيصه عيب كالعبد والأمة والدابة والثوب ، وهذا بخلاف ما إذا وكله ببيع عبده فباع نصفه أو جزء منه معلوما فإنه يجوز عند الإمام سواء باع الباقى منه أولا وإن وكله بشراء شىء ليس فى تبعيضه ضرر ولا فى تشقيصه عيب فاشترى نصفه يلزم الموكل ولا يتوقف لزومه على شراء الباقى اه (قوله بخلاف الوكيل بالنكاح) أى بنكاح معينة والأنسب وضعها بعد قول المصنف لا يشتريه لنفسه ح (قوله والفرق فى الوانى) أى بين التوكيل بشراء معين وبين التوكيل بنكاح معينة مذكور فى الوانى محشى الدرر ، وذكره الزيلعى أيضا :

وحاصله أن النكاح الداخل تحت الوكالة نكاح مضاف إلى الموكل فينعزل إذا خالف ، وأضافه إلى نفسه بخلاف الشراء فإنه مطلق غير مقيد بالإضافة لكل أحد : وعبارة الزيلعى لأن النكاح الذى أتى به الوكيل غير داخل تحت أمره لأن الداخل تحت الوكالة نكاح مضاف إلى الموكل ، فكان مخالفا بإضافته إلى نفسه فانعزل. وفى الوكالة بالشراء الداخل فيها شراء مطلق غير مقيد بالإضافة إلى الموكل . فكل شىء أتى به لايكون مخالفا به إذ لا يعتبر فى المطلق إلا ذاته دون صفاته ، فيتناول الذات على أى صفة كانت فيكون موافقا بذلك ، حتى لو خالف مقتضى كلام الآمر فى جنس الثمن وقدره كان مثله اه :

قلت : حاصله أن النكاح من العقود التى تضاف إلى الموكل ، ولا تتحقق له إلا بالإضافة بخلاف الشراء فإنه يكون للموكل ولو أضافه الوكيل إلى نفسه كما يعلم مما مر .

أقول : وعبارة الوانى فإن قيل ما الفرق بين هذا وبين ما إذا وكله بتزويج امراة بعينها حيث جاز له أن يتزوجها ؟ قلنا : هو أن النكاح الذى أتى به الوكيل غير الذى أمر به ، لأن المأمور به النكاح الذى أضيف إلى الآمر ، وهذا أضيف إلى الوكيل ، فكان مخالفا وأما فى مسألتنا فالمأمور مطلق الشراء غير مقيد بالإضافة إلى أحد هكذا قيل ، ولا يخفى أن قوله : وفى مسألتنا المأمور مطلق الشراء ممنوع فإن المأمور فيها أيضا البيع الذى أضيف إلى الآمر فإنه قال : اشتر لى هذا ، فكيف يكون هذا أمرا بمطلق الشراء اه .

أقول : ومثله فى النهاية والزيلعى والحواشى اليعقوبية وغيرهم فليراجع (قوله غـير الموكل) بالجر صفة لشىء مخصصة وبالنصب استثناء منه أو حال لأنه لايجوز بالوجهين بدليل ما يأتى فلو قال غير الموكل والموكل لكان أوضح .

قال فى المنح : وإنما قيدنا بغير الموكل للاحتراز عما إذا وكل العبد من يشتريه له من مولاه أو وكل العبد بشرائه له من مولاه فاشترى فإنه لا يكون للآمر ما لم يصرح به للمولى أن يشتريه فيهما للآمر مع أنه وكيل بشراء شىء بعينه لما سيأتى اه . وكان وجه الاحتراز عما ذكره من الصورتين باعتبار احتمال لفظ الموكل لاسم الفاعل واسم المفعول ، ولا يخفى ما فيه فكان الأولى أن يقول : غير الموكل والموكل أو يقول : ولو وكله بشراء معين غير نفس الآمر وأفاد مسكين أن التعيين إما بالإشارة أو باسم العلم أو بالإضافة (قوله لا يشتريه لنفسه) لأن فيه عزل نفسه وهو لا يملك عزل نفسه ، والموكل غائب حتى لو كان الموكل حاضرا وصرح بأنه يشتريه

ولا لموكل آخر بالأولى (عند غيبته

لنفسه كان له لأن له أن يعزل نفسه بحضرة الموكل ، وليس له العزل من غير علمه لأنه فسخ عقد ، فلا يصح بدون علم صاحبه كسائر العقود عينى وزيلعى وغيرهما كالعناية وغاية البيان والمنح. وأورد عليهم أن العلم بالعزل فى باب الوكالة يحصل بأسباب متعددة منها حضور صاحبه ، ومنها بعث الكتاب ووصوله إليه ، ومنها إرسال الرسول وتبليغ الرسالة ، ومنها إخبار واحد عدل أو اثنين غير عدلين بالإجماع أو إخبار واحد عدل كان أو غيره عند أبى يوسف ومحمد وقد صرح بها فى عامة المعتبرات سيما فى البدائع واشتراط علم الآخر فى فسخ أحد المتعاقدين العقد القائم بينهما لا يقتضى أن لا يملك الوكيل عزل نفسه إلا بمحضر من الموكل لأن انتفاء سبب واحد لا يستلزم انتفاء سائر الأسباب فلا يتم التقريب . اللهم إلا أن يحمل وضع المسألة على انتفاء سائر أسباب العلم بالعزل أيضا لكنه غير ظاهر من عبارات الكتب أصلا قاضى زاده أفاده أبو السعود (قوله ولا لموكل آخر بالأولى) أى بأن وكله رجل آخر بأن يشترى له هذا الشىء بعينه ، فاشتراه له كان للموكل الأول دون الثانى لأنه إذا لم يملك الشراء لنفسه فلا يملكه لغيره بالأولى وهذا إن لم يقبل وكالة الثانى بحضرة الأول وإلا فهو للثانى ، وإن كان الأول وكله بشرائه بألف والثانى بمائة دينار فاشتراه بمائة دينار ، فهو للثانى لأنه يملك شراءه لنفسه بمائة ، فيملك شراءه لغيره أيضا بخلاف الفصل الأول كذا فى البزازية .

قال المقدسى : فلو أضافه إلى الثانى ينبغى أن يكون للثانى كما لو قبل وكالة الثانى بحضرة الأول أو شراه بما عينه الثانى مخالفا للأول اه .

وفى كافى الحاكم : رجل وكل رجلا بشراء أمة بعينها فقال الوكيل : نعم فشراها لنفسه ، ووطئها فحبلت منه يدرأ عنه الحد : وتكون الأمة وولدها للآمر ولا يثبت النسب اه .

قال الرملى ، يستفاد من قول الوكيل نعم أنه لو لم يقبلها لم يكن كذلك وهو ظاهر فإذا لم يقبلها واشترى وقع له والله تعالى أعلم .

ونقل فى البحر عن البزازية : اشتر لى جارية فلان فسكت وذهب واشتراها ، إن قال اشتريتها لى فله ، وإن قال للموكل فله . وإن أطلق ولم يضف ثم قال كان لك ، إن قائمة ولم يحدث بها عيب صدق ، وإن هالكة أو حدث بها عيب لا يصدق اه .

وفى الأشباه والنظائر : سكوت الوكيل قبول ويرتد برده اه . وقدمنا عن البحر أول الوكالة أن ركنها ما دل عليها من الإيجاب والقبول ولوحكما ليدخل السكوت، وصاحب البحر فهم من عبارة البزازى كما ذكره أن الجارية لم تتعين بالإضافة إلى المالك فيه . والذى يلوح لى أن فرع البزازية فى المعينة أيضا . ويفرق بين السكوت وبين التصريح بالقبول أخذا من تقييده فى كافى الحاكم بقوله فقال الوكيل نعم ، وتقييده فى البزازية بقوله فسكت وإلا لا يكون فى ذكر ذلك فائدة ، وعليك أن تتأمل .

قلت : وقد ذكر عبارة البزازية فى التتارخانية نقلا عن شركة العيون ، وأبدل قول البزازية فسكت بقوله ولم يقل المأمور نعم ولم يقل لا ، ثم قال فى آخرها هذا كله رواية الحسن عن أبى حنيفة ، وربما يستفاد منه أن فى المسألة رواية أخرى تأمل ، ثم معنى قوله ويفرق بين السكوت وبين التصريح بالقبول أنه إن سكت فعلى التفصيل المذكور فى البزازية : وإن صرح فهى للمأمور ، لأنه إن سكت لم تصح الوكالة لمنافاته لما فى البزازية وهو ظاهر (قوله عند غيبته) أما لو كان حاضرا وصرح بأنه يشتريه لنفسه كان المشترى له ، لأن له أن يعزل

حيث لم يكن مخالفا) دفعا للغرر (فلو اشتراه بغير النقود أو بخلاف ما سمى الموكل له (من الثمن وقع الشراء للوكيل) لمخالفة أمره

نفسه بحضرة الموكل وليس له ذلك بغير علمه لأن فيه تغريرا له ح (قوله حيث لم يكن مخالفا) تعليل للحكم وإشارة للفرق بين التوكيل بالشراء والنكاح كما سبق (قوله دفعا للغرر) علة ثانية : أى إنما منع شراؤه لنفسه لأنه يؤدى إلى تغرير الآمر من حيث أنه اعتمد عليه ، ولأن فيه عزل نفسه ولا يملكه إلا بمحضر من الموكل . والأصل فى هذه المسائل المارّة أن الوكيل يعزل نفسه بحضرة موكله لا فى غيبته دفعا للغرر ، هذا بالعزل القصدى . أما الضمنى كما لو كان ذلك بمخالفة الموكل فيصح مطلقا ، وعليه يبنى قوله المارّ فلو وكله أن يزوّجه معينة فتزوّجها فقد عزل نفسه عزلا ضمنيا لأنه جعله مزوجا لا متزوّجا ، فالذى عقده غير مسلط عليه من قبل الموكل فهو مخالف فيه فيكون عزلا ضمنيا ، بخلاف الشراء فإنه إنما فوّض إليه أن يشتريه وقد اشترى فلم تحصل المخالفة ، إلا إذا نواه لنفسه لا للآمر فتبطل نيته لبقاء الوكالة وعدم عزله لعدم المخالفة منه إذ لم يباشر المأمور به ، حتى لو اشتراه بخلاف ما سمى له من الثمن أو بغير النقود كان مخالفا لأمره فيعزل عزلا ضمنيا فلا يتوقف على علم الموكل كما قدمناه (قوله فلو اشتراه) تفريع على قوله حيث لم يكن مخالفا (قوله بغير النقود) أى بأن اشترى بالعروض أو بالحيوان ولم يكن الثمن مسمى ، وهذا إذا أمره بالنقود على ما فى مسكين ، ولو ساوى المسمى قيمته .

واعلم أن الأولى أن يقول فلو اشتراه بحضرته وقع للوكيل ثم يستطرد ويقول وكذا بغير ما عين ، وسيأتى إذا خالف فى الدنانير بدراهم قيمتها كالدنانير يصح للموكل وقد تقدم أيضا ، ويجب تقييده بما إذا لم يضف العقد إلى الموكل . أما إذا أضافه إليه بأن قال : بعته لموكلك ، فقال الوكيل : اشتريت له يتوقف على إجازة الموكل بلا شبهة كما علم مما تقدم فى الكلام على شراء الفضولى ، وسيأتى ذكره قريبا فى شرح قوله قال بعنى هذا لعمرو .

قلت : وفيه كلام قدمناه أول الوكالة فى شرح قوله وبإيفائها واستيفائها فلا تغفل (قوله أو بخلاف ماسمى) أى إن كان الثمن مسمى ، وأطلق فى المخالفة فشمل المخالفة فى الجنس والقدر كما فى البزازية ، وقيده فى الهداية والمجمع ، بخلاف الجنس فظاهره أنه إذا سمى له ثمنا فزاد عليه أو نقص عنه فإنه لا يكون مخالفا ، وظاهر ما فى الكافى للحاكم أنه يكون مخالفا فيما إذا زاد لا فيما إذا نقص فإنه قال وإن قال اشتر لى ثوبا هرويا ولو لم يسم الثمن فهو جائز على الآمر وإن سمى ثمنا فزاد عليه شيئا لم يلزم الآمر وكذلك إن نقص من ذلك الثمن إلا أن يكون وصفه له بصفة وسمى له ثمنا فاشترى بتلك الصفة بأقل من ذلك الثمن فيجوز على الآمر وإن كان معينا فهو كالموصوف ، فشمل ما إذا كان خلاف الجنس عرضا أو نقدا خلافا لزفر فى الثانى ، وما إذا كان ما اشترى به مثل قيمة ما أمر به أو أقل كما فى البزازية ونقله عنه فى البحر (قوله من الثمن) قال الحموى : أى بأن يأمره بالشراء بألف درهم فيشتريه بمائة دينار وقد جعل محمد الدراهم والدنانير جنسين إذ لو جعلهما جنسا واحدا لصار الوكيل مشتريا للآمر حينئذ .

وقد ذكر فى شرح الجامع الصغير فى باب المساومة أن الدراهم والدنانير جنسان مختلفان قياسا فى حق حكم الربا ، حتى جاز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا ، وفيما عدا حكم الربا جعلا جنسا واحدا استحسانا حتى يكمل نصاب أحدهما بالآخر . والقاضى فى قيم المتلفات بالخيار ، إن شاء قوم بالدراهم وإن شاء قوم بالدنانير والمكره

وينعزل فى ضمن المخالفة حينئذ (وإن) بشراء شىء (بغير عينه) فالشراء للوكيل

على البيع بالدراهم إذا باع بالدنانير أو على العكس كأن يبيعه بيع مكره وصاحب الدراهم إذ ظفر بدنانير غريمه كان له أن يأخذها بجنس حقه ، كما لو ظفر بدراهمه إلا رواية شاذة عن محمد . وإذا باع شيئا بالدراهم اشتراه بالدنانير قبل نقد الثمن أو على العكس والثانى أقل من قيمة الأول كان البيع فاسدا استحسانا ، وتبين بما ذكر أنهما اعتبرا جنسين مختلفين فى حكم الربا .

شهد بالدراهم والآخر بالدنانير أو شهد بالدراهم والمدعى دنانير أو على العكس لا تقبل الشهادة ، وكذلك فى باب الإجارة اعتبرا جنسين مختلفين ، على أن من استأجر من آخر دارا بدراهم وأجرها من غيره بدنانير أو على العكس وقيمة الثانى أكثر من الأول تطيب له الزيادة . فما ذكر فى الجامع أنهما جعلا جنسا واحدا فيما عدا حكم الربا على الإطلاق غير صحيح كذا فى التتارخانية اه .

قلت : وذكر العمادى فى فصوله : الدراهم أجريت مجرى الدنانير فى سبعة مواضع ، وقد ذكر صاحب البحر أوائل البيوع عندقوله ولابد من معرفة قدر ووصف ثمن أنه ليس للحصر (قوله وينعزل فى ضمن المخالفة) يفيد أنه لو شراه له بعد ذلك لا ينفذ على الموكل .

وفى المقدسى عن القنية وكله بشراء أمة بعينها بعشرة فشراها فقال الآمر شريتها بعشرة وقال المأمور شريتها لنفسى بخمسة عشر فالقول للوكيل والبينة بينته .

وفى المقدسى أيضا : ولو سمى له ثمنا فزاد عليه شيئا لم يلزم الآمر ، وكذلك إن نقص من ذلك الثمن إلا أن يكون وصف له بصفة وسمى له ثمنا فاشتراه بتلك الصفة بأقل من ذلك الثمن فيجوز على الآمر ، وإذا كان معينا فهو كالموصوف .

وفى الواقعات . قال أسير لرجل : اشترنى بألف درهم فشراه بمائة دينار أو بعرض جاز وله أن يرجع على الأسير اه . وفى خزانة المفتين من الصرف : الأسير إذا أمر رجلا أن يفديه بألف ففداه بألفين عليه يرجع بألفين عليه وليس بمنزلة الوكيل بالشراء .

وفى الزيادة قال له : اشتر لى بهذه الألف درهم أمة ولم يسلم الألف حتى سرقت فشرى أمة بألف لزم الموكل والأصل أن النقدين لايتعينان فى الوكالة قبل التسليم بلا خلاف ، وبعده اختلف فيه وعامتهم أنها لا تتعين (١) اه .

أقول : ويتفرع على ما فى الخلاصة وكيل الشراء إذا شرى ما أمر به ثم أنفق الدراهم بعد ما سلم الآمر ثم نقد للبائع غيرها جاز ، وسيأتى تصحيح مقابل هذا عن الخانية وعليه قول الزيادات : ولو دفع الدراهم للوكيل فسرقت لم يضمن فإن شرى أمة بألف نفذ عليه علم بهلاكها أو لم يعلم . ولو سرقت خمسمائة فشرى أمة بألف فهى له ، وإن شرى بخمسمائة تساوى ألفا فهى للموكل ، وكذا لو دفع كيسا فقال اشتر بالألف التى فيه فلم يجد سوى خمسمائة ، وإذا دفع إليه ألفا ليشترى له شيئا بعينه فهلك فشرى فهو للوكيل ، وإن هلكت بعد الشراء فللموكل ويرجع بها عليه هذا إذا اتفقا على تلفها قبل أو بعد ، فإن اختلفا فالقول للآمر بيمينه (قوله وإن بشراء شىء بغير عينه فالشراء للوكيل) هذه المسئلة على وجوه كما فى البحر : إن أضاف العقد إلى دراهم الآمر كان للآمر ، وهو المراد عندى بقوله أو يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله لأن فيه تفصيلا وخلافا

(١) (قوله إنها لاتتعين) كذا بالأصل ولعله أنهما لايتعينان ، وليحرر اه مصححه .

. . . .

وهذا بالإجماع وهو مطلق ، وإن أضافه إلى دراهم نفسه كان لنفسه حملا لحاله على ما يحل له شرعا أو يفعله عادة ، إذا الشراء لنفسه بإضافة العقد إلى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا . وإن أضافه إلى دراهم مطلقة ، فإن نواها للآمر فهو للآمر وإن نواها لنفسه فلنفسه لأن له أن يعمل لنفسه ويعمل للآمر فى هذا التوكيل . وإن تكاذبا فى النية يحكم النقد بالإجماع لأنه دلالة ظاهرة على ما ذكرنا . وإن توافقا على أنه لم تحضره النية . أو اختلفا بأن قال الوكيل لم تحضرنى النية وقال الموكل بل نويت لى أو بالعكس . قال محمد هو للعاقد لأن الأصل أن كل أحد يعمل لنفسه إلا إذا ثبت جعله لغيره ولم يثبت . وعند أبى يوسف يحكم النقد لأن ما أطلقه يحتمل الوجهين فيبقى موقوفا ، فمن أى المالين نقد نفذ فعل ذلك المحتمل لصاحبه ولأن مع تصادقهما يحتمل النية للآمر وفيما قلنا حمل حاله على الصلاح كما فى حالة التكاذب والتوكيل بالإسلام فى الطعام على هذه الوجوه اه ومثله فى الهداية والمقدسى وقول الإمام فيما ذكره العراقيون مع محمد. وغيرهم ذكروه مع الثانى .

وبهذا علم أن معنى الشراء للموكل إضافة العقد إلى ماله لا النقد من ماله ، وأن محل النية للموكل ما إذا أضافه إلى دراهم مطلقة ، وظاهر ما فى الكتاب ترجيح قول محمد من أنه عند عدم النية يكون للوكيل لأنه جعله للوكيل إلا فى مسئلتين ، وظاهر ما فى الهداية أنه لا اعتبار بنيته لنفسه إذا أضافه إلى مال موكله ولا بنية لموكله إذا أضافه إلى مال نفسه وأن نقده الثمن من مال موكله علامة نيته له وإن لم يضفه إلى ماله . قال المقدسى : وفى الثانى نظر لأنه لا محذور فى ذلك إذ دفع ماله عن غيره غير مستنكر اه . هذا إذا اشتراه بثمن حال . وإن بمؤجل فهو للوكيل .

قال فى التتارخانية : وإن اشترى بدراهم مطلقة فهو على وجهين : وإن اشترى حالا يحكم النقد ، إن نقد من دراهم الموكل فالشراء للموكل ، وإن نقد من مال نفسه فالشراء له ، وإن لم ينقد يرجع فى البيان إلى الوكيل. ثم قال : وإن اشترى مؤجلا فالشراء يكون للوكيل ، حتى لو ادعى الشراء بعد ذلك للموكل لا يصدق إلا أن يصدقه الموكل اه .

وحاصل ماقدمناه أنه إن أضاف العقد إلى مال أحدهما كان المشترى له ، وإن أضافه إلى مال مطلق ، فإن نواه للآمر فهو له ، وإن نواه لنفسه فهو له ، وإن تكاذبا فى النية يحكم النقد إجماعا ، وإن توافقا على عدمها فللعاقد عند الثانى وحكم النقد عند الثالث . وبه علم أن محل النية للموكل فيما إذا أضافه إلى مال مطلق سواء نقده من ماله أو من مال الموكل ، وكذا قوله ولو تكاذبا ، وقوله ولو توافقا محله فيما إذا أضافه إلى مال مطلق ، لكن فى الأول يحكم النقد إجماعا ، وفى الثانى على الخلاف السابق .

وفى كافى الحاكم : ولو وكله أن يشترى له أمة وسمى جنسها ولم يسم الثمن فشرى أمة وأرسل بها إليه فوطئها الآمر فعلقت ، فقال الوكيل ما اشتريتها لك يحلفه على ذلك ويأخذها وعقرها وقيمة ولدها للشبهة التى دخلت ، وإن كان حين أرسل بها إليه أقر أنه شراها له أو قال هى الجارية التى أمرتنى أن أشتريها لك لم يستطع الرجوع فى شىء من أمرها ، فإن أقام البينة أنه حين شراها شراها لنفسه لم يقبل منه ذلك اه . وبه علم أن الإرسال للموكل لا يكون معينا كونه اشتراها له ، وأنهما إذا تنازعا فى كون الشراء وقع له يحلف الوكيل ، ومحله إن لم ينقد الثمن وإلا فقدمنا أنه يحكم النقد بالإجماع عند التكاذب .

وذكر الزيلعى أنه إذا نقد من مال الموكل فيما اشتراه لنفسه يجب عليه الضمان ، وهو ظاهر فى أن قضاء

إلا إذا نواه للموكل وقت الشراء (أو شراه بماله) أى بمال الموكل ؛ ولو تكاذبا فى النية

الدين بمال الغير صحيح موجب لبراءة الدافع موجب للضمان . وذكر فى بيع الفضولى أيضا أن من قضى دينه بمال الغير صار مستقرضا فى ضمن القضاء ، فيضمن مثله إن كان مثليا ، وقيمته إن كان قيميا ، وفى منظومة ابن وهبان :

وكيل قضى بالمال دينا لنفسه   يضمن مايقضيه عنه ويهدر

ومعنى يهدر أنه يكون متبرعا قال شارحها : مسألة البيت من القنية قال الوكيل بقضاء الدين : صرفت مال الموكل إلى دين نفسه ثم قضى دين الموكل من مال نفسه ضمنه وكان متبرعا ، ومقتضاه سقوط الدين عن الموكل ، وإليه أشار بقوله ويهدر اه .

مطلب حادثة الفتوى

قال المقدسى : وهى حادثة الفتوى حدثت لبعض المتأخرين من المتكلمين على الكنز ، وفيه كلام ، فإنه إن أراد بقوله إن قضاء الدين بمال الغير صحيح أنه جائز ونافذ ولا إثم فيه وينقض ، فهو باطل ضرورة أن هذا المال مغصوب ولم يقل أحد(١) بأن المغصوب لايجوز التصرف فيه ويقضى به الدين ولو طلبه صاحبه لايمكن فيه ، ولا شك أن رب دراهم الغصب لو رآها مع الدائن وبرهن عليها له أخذها وينقض القضاء ، وما نقله عن الزيلعى وغيره لايشهد له لأنه جعله قرضا ، والقرض إنما يصح بالاختيار والرضا والضمان ، والرضا لايجوز على الجواز . ويحمل على ما إذا أجاز رب الدراهم وإلا فله عليها ومنع الوفاء بها ونقض القضاء ، نعم إذا هلكت عند الدائن فله تضمين أى شاء من الدافع والقابض لا ، صحيح القضاء يقتضى أن لايطالب القابض بل الدافع . وأما مسألة المنظومة ففيها دفع مال نفسه باختياره ورضاه عن دين الموكل فلا يمس مانحن فيه فصح وصار متبرعا فلا رجوع له فيما كان عنده من المال ، لأنه لزم ذمته وتبرع من عنده بقضاء الدين اه .

أقول : وأراد المقدسى ببعض المتكلمين على الكنز صاحب البحر (قوله إلا إذا نواه للموكل) علم مما تقدم أنه يجب حمله على ما إذا لم يضف العقد إلى مال نفسه ، سواء أضافه إلى مال الموكل أو إلى مال مطلق ، وسواء نقد الثمن من ماله أو من مال الموكل (قوله أو شراه بماله) معناه إضافة العقد إلى ماله لا النقد من ماله ، يعنى إذا أضاف العقد إلى دراهم الآمر ينبغى أن يقع للآمر ، لأنه لو لم يقع للآمر كان واقعا للوكيل ، فلو وقع له كان غاصبا لدراهم الآمر وهو لايحل شرعا ، كذا قال صاحب النهاية وعليه عامة الشراح .

أقول : فيه نظر لأن الغصب إنما يلزم لو نقد من دراهم الآمر ، وأما إذا أضافه إلى دراهم الآمر ولم ينقد من دراهمه بل نقد من دراهم نفسه فلا يلزم الغصب قطعا ، كذا ذكره أبو السعود فى حاشية مسكين . وذكر أيضا عند قول الكنز : أو يشتريه بماله أى إن أضاف العقد إلى مال الموكل سواء نقد الثمن من ماله أو من مال غيره أن فيه إشارة إلى أن المراد من قول المصنف تبعا للقدورى أو يشتريه بماله الإضافة عند العقد إلى دراهم الموكل دون النقد من مال الموكل بغير إضافة إليه .

قال صاحب الهداية : وقول القدورى أو يشتريه بمال الموكل مطلق لا تفصيل فيه ، فيحمل على الإضافة إلى مال الموكل ، كذا قاله جمهور الشراح ..

---

(١) (قوله ولم يقل أحد الخ) هكذا بالأصل ، وليحرر اه .

حكم بالنقد إجماعا ، ولو توافقا أنها لم تحضره فروايتان .
(زعم أنه اشترى عبدا لموكله فهلك وقال موكله بل شريته لنفسك ، فإن) كان العبد (معينا وهو حى قائم فالقول للمأمور) إجماعا (مطلقا) نقد الثمن أولا لإخباره عن أمر يملك استئنافه

قال قاضى زاده أقول : فيه نظر لأنهم حملوا التفصيل المذكور فى قول المصنف لأن فيه تفصيلا ، على أنه إن نقد من دراهم الموكل كان الشراء له وليس بصحيح ، لأن ذلك تفصيل للنقد المطلق لا للنقد من مال الموكل كما لايخفى ، وما يصلح لترجيح كون المراد بقول القدورى أو يشتريه بمال الموكل الإضافة إلى دراهم الموكل دون النقد من ماله إنما هو وقوع التفصيل فى النقد من مال الموكل لا وقوعه فى النقد المطلق إذ لامساس له بكلام القدورى ، فإن المذكور فيه مال الموكل دون مطلق المال اهـ (قوله حكم بالنقد إجماعا) لأن دلالته على التعيين مثل دلالة إضافة الشراء إليه زيلعى (قوله فروايتان) أى عن أبى حنيفة ، فعند أبى يوسف يحكم النقد . وعند محمد هو للوكيل وإن نقد الثمن من دراهم الموكل حموى ، لأن الأصل أن كل أحد يعمل لنفسه إلا إذا ثبت جعله لغيره ولم يثبت ، وظاهر مافى الكنز ترجيح قول محمد لدخوله تحت قول المصنف فالشراء للوكيل ، فإنه لم يخرج عنه إلا فى مسألتين إذا نواه للآمر أو أضافه إلى ماله ، وإليه مال الزيلعى حيث قدمه على قول أبى يوسف ، وعلله بقوله لأن مايطلقه الإنسان من التصرفات يكون لنفسه (قوله زعم الخ) صوّر المسألة فيما إذا كان بعد هلاك العبد ، وعمم فى الجواب وبين الحكم فيما إذا كان حيا أو ميتا ، فعلم بتعميمه جواب المسألة وهو ما إذا هلك وزاده عليها بيان ما إذا كان حيا فلا خطأ فى حق من أفاد الجواب وزاده عليه .

واعلم أن هذه المسألة على ثمانية أوجه كما قال الزيلعى ، واحد على الاختلاف . والبواقى على الوفاق ، والخلافية هى ما لو كان العبد المأمور بشرائه بغير عينه حيا ولم يكن الثمن منقودا كما فى أبى السعود ، لأن العبد المأمور بشرائه إما أن يكون معينا أو غير معين ، وكل على وجهين : إما أن يكون الثمن منقودا أو غير منقود ، وكل وجه على وجهين : إما أن يكون العبد حيا حين أخبر الوكيل بالشراء أو ميتا .

ثم قال : فحاصله أن الثمن إن كان منقودا فالقول للمأمور فى جميع الصور ومنها حالة الهلاك والتعييب ، وإن كان غير منقود ينظر ، فإن كان الوكيل لايملك الإنشاء بأن كان ميتا فالقول للآمر ، وإن كان يملك الإنشاء فالقول للمأمور عندهما ، وكذا عند أبى حنيفة فى غير موضع التهمة ، وفى موضع التهمة القول للآمر اهـ فلافرق عندهما فى أن القول للمأمور إذا كان يملك الإنشاء بين أن يكون الموضع موضع تهمة أولا .

فإن قلت بماذا تثبت التهمة ، قلت بالرجوع إلى أهل الخبرة ، فإن أخبروا أن الثمن يزيد على القيمة زيادة فاحشة تثبت وإلا فلا .

أقول : ولعل المراد بموضع التهمة ما إذا كان بعد التعييب فتأمل (قوله فهلك) الصواب إسقاطه لمنافاته لقوله الآتى وهو حى كما فى الشرنبلالية ، لكنه تبع فيه صاحب الدرر وصدر الشريعة (قوله وهو حى قائم) لاحاجة إليه أيضا لأن المأمور يدعى هلاكه فكيف يقال وهو حى ، فالقول للمأمور ، إلا أن يقال أراد أنه قائم من كل وجه ليحترز به عما إذا حدث به عيب أو أبق فإنه كالهلاك كما فى البزازية تأمل (قوله فالقول للمأمور) أى مع يمينه يعقوبية (قوله لإخباره عن أمر يملك استئنافه) بجعل الشراء للموكل ولا تهمة فيه ، لأن الوكيل بشراء شىء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن فى حال غيبته على مامر كما فى البحر .

قال المقدسي : فالمخبر به في التحقق والثبوت يستغني عن إشهاد فصدق كقوله لمطلقته فى العدة راجعتك ،

(وإن ميتا و) الحال أن (الثمن منقود فكذلك) الحكم (وإلا) يكن منقودا (فالقول للموكل) لأنه ينكر الرجوع عليه (وإن) العبد (غير معين) وهو حى أو ميت (فكذا) أى يكون للمأمور (إن الثمن منقود) لأنه أمين (وإلا فللآمر) للتهمة خلافا لهما (قال بعنى هذا لعمرو فباعه ثم أنكر الآمر) أى أنكر المشترى أن عمرا أمره بالشراء (أخذه عمرو ولغا إنكاره) الأمر لمناقضته لإقراره بتوكيله بقوله بعنى لعمرو (إلا أن يقول عمرو لم آمره به) أى بالشراء (فلا) يأخذه عمرو لأن إقرار المشترى ارتد برده (إلا أن يسلمه المشترى إليه) أى إلى عمرو لأن التسليم على وجه البيع بيع بالتعاطى وإن لم يوجد نقد الثمن

وبهذا وقع التقضى عن المولى إذا أقر على موليته بالنكاح حيث لايثبت عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى اه ولأن من ملك الإنشاء ملك الإقرار (قوله وإن ميتا) أى كان العبد ميتا .

قال العلامة أبو السعود : وهذه مسألة الكتاب ، نظر السيد الحموى بأن مسألة الكتاب تشمل موت العبد وحياته وقت قول المأمور اشتريته للآمر كما فى البحر : فإن كان ميتا أخبر عن أمر لايملك استئنافه ، وإن كان حيا فهو يدعى حق الرجوع على الآمر وهو ينكره ، ولا خلاف فى الأول أنه على التفصيل المذكور ، وفى الثانى الاختلاف : فقال الإمام : هو كذلك على التفصيل . وقالا : القول للمأمور وإن لم يكن الثمن منقودا (قوله فكذلك الحكم) أى يكون القول للمأمور مع يمينه لأنه أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة فيقبل قوله (قوله وإلا) أى وإن لم يكن الثمن منقودا والحال أن العبد ميت إذ الكلام فيه ، أما لو كان حيا فقد تقدم الكلام فيه وأن القول فيه قول المأمور سواء كان الثمن منقودا أو لا (قوله فالقول للموكل) يعنى أن المأمور يريد استحقاق الرجوع بالثمن عليه ، والقول قول الأمين فيما ينفى به الضمان عن نفسه لا فيما يستحق به الرجوع على غيره ، بل القول قول الآمر لأنه ينكر استحقاق الرجوع ، بل إنما يكون أمينا فيما دفع إليه بطريق الأمانة ، ومالم يقبضه لايسمى أمينا بالنظر إليه .

فإن قلت : كيف يتأتى هذا والوكيل بشراء شئ بعينه لا يشتريه لنفسه فهو غير قادر على مخالفة الموكل كما تقدم ، ويجاب بأنه يمكن أنه فعل ذلك بحضرته أو بمخالفته بما عينه من الثمن أو شراه بعرض أو لعله محمول على ما إذا أنكر الأمر الشراء أصلا وربما يرشد إلى هذا عبارة التبيين والدر قوله إنه ينكر الرجوع عليه بالثمن والقول للمنكر (قوله وإلا) أى وإن لم يكن الثمن منقودا سواء كان العبد حيا أو ميتا (قوله للتهمة) فإنه يحتمل أنه اشتراه لنفسه فلما رأى الصفقة خاسرة أراد إلزامه للموكل (قوله خلافا لهما) الخلاف فيما إذا كان منكرا حيا والثمن غير منقود فقط ، ولا يوهم أن خلافهما فى الصورتين الداخلتين تحت إلا مع أن خلافهما فيما ذكرنا . فعلم مما تقرر أن صورة المسألة فيما إذا كان بعد هلاك العبد وعمم الشارح فى الجواب وبين الحكم فيما إذا كان حيا أو ميتا ، فعلم بتعميمه جواب المسألة وهو ماإذا هلك وزاد عليها بيان ما إذا كان حيا ، وحينئذ فلا خطأ فى حق من أفاد الجواب وزاد عليه كما قدمناه (قوله الأمر) على وزن نصر مصدر أمر يأمر (قوله ولغا إنكاره الأمر لمناقضته الخ) أى لأن قوله بعنى لعمرو إقرار منه بأنه وكله ، فإن أنكر الوكالة بعده صار تناقضا فلا يسمع قوله فيكون العبد للموكل وهذا معنى قوله ولغا : أى بطل إنكاره مع إنكاره (قوله بتوكيله) متعلق بالإقرار (قوله بقوله بعنى) بدل من قوله بتوكيله وهو تصوير للإقرار ، ودلت المسألة على أن بعنى لفلان ليس إضافة إلى فلان وإلا كان عقد فضولى ، لأن قوله لفلان يحتمل أن يكون لشفاعة فلان اه . وصورة الإضافة أن يقول بع عبدك من فلان كما فى الفتح من الفضولى ط (قوله إلا أن يسلمه المشترى) أى القائل

للعرف .

(أمره بشراء شيئين معينين) أو غيره معينين إذا نواه للموكل كما مر بحر (و) الحال أنه (لم يسم ثمنا فاشترى له أحدهما بقدر قيمته أو بزيادة) يسيرة (يتغابن الناس فيها

يعنى هذا لعمرو ، وقوله إليه : أى إلى عمرو قيد بالتسليم لأن عمرا او قال أجزت بعد قوله لم آمره لايعتبر والعبد للمشترى لأن العقد نافذ على المشترى والإجازة إنما تلحق الموقوف لا الجائز معراج (قوله للعرف) أى ولوجود التراضى به ، وهو المعتبر فى باب المعاوضات المالية لقوله تعالى – إلا أن تكون تجارة عن تراض – منح .

أقول : وتكون العهدة على المشترى الذى هو عمرو بتسليم الثمن (قوله معينين أو غير معينين) قال فى البحر : ولم يذكر الشارحون فائدة التقييد بالمعينين ، والظاهر أنه اتفاقى فغير المعين كالمعين إذا نواه للموكل أو اشتراه له اه . وتبعه بعضهم كالحموى والشارح وغيرهما .

قال العلامة أبو السعود : وأقول دعوى أن التقييد اتفاقى غير مسلم لأنه عند عدم التعيين يبطل التوكيل لعدم تسمية الثمن أو مايقوم مقامه من بيان النوع كالتركى والحبشى ، فهذا غفلة عن قول المصنف فيما سبق قريبا أمره بشراء دار أو عبد جاز إن سمى ثمنا وإلا فلا اه .

أقول : بيان الثمن أو النوع لايخرجه عن كونه غير معين ، وقد قدم المؤلف أن الإضافة إلى المالك مثل جارية فلان لاتعينه .

ونقل فى البزازية : وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى من قطعت يده نفذ على الموكل عند الإمام ، ولايخفى أنه مقيد ببيان النوع أو الثمن وإلا لم تصح الوكالة ، وتقدم متنا أيضا : او وكله بشراء شىء بغير عينه فالشراء للوكيل إلا أن ينوى للموكل أو يشتريه بماله تأمل . قال بعض الفضلاء : إنما قيدت المتون بالمعينين ليعم الشىء الدور والعبيد وغيرهما . وأما لو تركوه وقد صرحوا بعدم ذكر الثمن فلربما يتوهم أنه لايجرى فى العبيد والدور لأنهما إذا لم يعينا ولم يذكر لهما ثمن لم يدخلا لعدم صحة الوكالة بهما حينئذ ، ومن غفل عن هذا قال ماقال ، فقوله أو غير معينين يحمل على جهالة النوع . وقوله إذا نواه للموكل يغنى عنه له اه (قوله وإن لم يوجد الخ) هو أحد أقوال ثلاثة تقدمت فى أول كتاب البيوع (قوله إذا نواه للموكل) قيد فى غير المعينين : أى إنما يقع الشراء للموكل فى غير المعينين إذا نواه له ، وكذا يقال فيما إذا دفع الثمن من مال الموكل على ماتقدم (قوله كما مر) أى قريبا فى قوله وأن بغير عينه فالشراء للوكيل إلا إذا نواه للموكل (قوله أو بزيادة يسيرة يتغابن الناس فيهما) أى وهو مايدخل تحت تقويم المقومين ، وما لايدخل تحت تقويم المقومين فاحش ، لأن القيمة تعرف بالحزر والظن بعد الاجتهاد فتعذر فيما يشتبه لأنه يسير لايمكن الاحتراز عنه ، ولا يعذر فيما لايشتبه لفحشه ولا مكان الاحتراز عنه لأنه لايقع فى مثله عادة إلا عمدا وقيل حد الفاحش فى العروض نصف عشر القيمة ، وفى الحيوان عشر القيمة ، وفى العقار خمس القيمة ، وفى الدراهم ربع عشر القيمة لأن الغبن يحصل لقلة الممارسة فى التصرف فلما كانت الممارسة فيه أقل كان الغبن فيه أكثر فيعفى عن التفاوت بحسب الممارسة ، والصحيح الأول .

وفى النهاية : جعل هذا القدر معفواً عنه أو هو خلاف ما ذكره صاحب الهداية والكافى ، وقيل لايتحمل الغبن اليسير أيضا وليس بشىء هذا كله إذا كان سعره غير معروف بين الناس ويحتاج فيه إلى تقويم المقومين ،

صح) عن الآمر (وإلا لا) إذ ليس لوكيل الشراء الشراء بغبن فاحش إجماعا بخلاف وكيل البيع كما سيجيء (و) كذا (بشرائهما بألف وقيمتهما سواء فاشترى أحدهما بنصفه أو أقل صح و) لو (بالأكثر) ولو يسيرا (لا) يلزم الآمر (إلا أن يشترى الثانى) من المعينين مثلا (بما بقى) من الألف (قبل الخصومة) لحصول المقصود ، وجوّزاه إن بقى مايشترى بمثله الآخر (و) لو آمر رجل مديونه (بشراء شيء) معين (بدين له عليه وعينه أو) عين (البائع صح) وجعل البائع وكيلا بالقبض دلالة فيبرأ الغريم بالتسليم إليه بخلاف غير المعين ، لأن توكيل المجهول باطل ولذا قال

وأما إذا كان معروفا كالخبز واللحم والموز والجبن لا يعفى فيه الغبن وإن قل ولو كان فلسا واحدا كذا ذكره الزيلعى (قوله صح) لأن التوكيل مطلق غير مقيد بثمن مقدر عينى أى مطلق عن قيد اشترائهما متفرقين أو مجتمعين فيجرى على إطلاقه أبو السعود (قوله عن الآمر) أى ويقع له لأنه قابل الألف بالعبدين وقيمتهما سواء فتنقسم عليهما نصفين دلالة فيكون أمرا بشراء كل واحد منهما بخمسمائة ضرورة ، فالشراء بخمسمائة موافقة ، وبأقل منها مخالفة إلى خير ، وبأكثر منها إلى شر ، فلا يلزم الموكل إلا أن يشترى الباقى بما بقى من الألف قبل أن يختصما استحسانا لأن غرضه المصرح به تحصيل العبدين بالألف وقد حصل وما ثبت الانقسام إلا دلالة والصريح يفوتها فلا تعتبر معه زيلعى (قوله فاشترى الخ) حاصله أن الوكيل بشراء جملة له شراء كلها أو بعضها مما لا يتعيب بالقسمة ولا تعيبه الشركة بثمن المثل بالغبن اليسير عند عدم تعيين الثمن (قوله بخلاف وكيل البيع) فله أن يبيع بغبن فاحش عند الإمام حموى . والفرق كما فى الزيلعى أن الوكيل بالشراء لشيء بعينه لا يكون له أن يشتريه بغبن فاحش وإن كان لا يملك شراءه لنفسه لأنه بالمخالفة فيه يكون مشتريا لنفسه فكانت التهمة فيه باقيه ، بخلاف الوكيل بالبيع لأنه لا تهمة فيه لعدم احتمال الشراء لنفسه فيجوز بالقليل والكثير اه (قوله صح) لأنه قابل الألف بهما وقيمتهما سواء إلى آخر ما تقدم (قوله لا يلزم الآمر) لمخالفته إلى ضرر لأنه حيث عين الألف لهما والحال أن قيمتهما سواء فقد عين الصنف لأحدهما ، بخلاف مالو شرى بالأقل فإنه خلاف إلى خير فلا يضر كما مر (قوله من المعينين مثلا) أى أو الجماعة . وليس المراد غير المعينين أيضا لعدم تأتى ذلك فيه (قوله قبل الخصومة) أما إذا اختصما وفسخ العقد فلا يعود صحيحا لأن المفسوخ لا يرجع إلى الجواز (قوله لحصول المقصود) وهو تحصيل العبدين (قوله وجوّزه الخ) فيجوز شراء أحدهما بغبن يسير عندهما (قوله بشراء شيء معين) لاحاجة لقوله معين لقول المتن وعينه مع أنه يوهم اشتراط تعيينه مع تعيين البائع وليس كذلك ، بل تعيين البائع يغنى عنه كما صرح به المصنف بقوله أو عين البائع (قوله أو عين البائع صح) أى على الآمر ولزمه قبضه ، وإن مات قبل القبض عند المأمور مات على الآمر لأن البائع يكون وكيلا على الآمر فى قبض الدين ثم يتملكه ، بخلاف ما إذا وكله بشراء عبد غير معين فاشترى لا يكون للآمر بل ينفذ على المأمور ، حتى لو مات عند المأمور مات من مال المأمور ، فإن قبضه الآمر فهو له أبو السعود (قوله وجعل البائع وكيلا بالقبض) راجع إلى الصورتين (قوله غير معين) أى من مبيع وبائع (قوله لأن توكيل المجهول باطل) هذا تعليل غير الآتى له من قوله بناء الخ على أنه جار فيما ذكره لأن البائع قد يكون مجهولا فى الصورة الأولى ، فالأولى الاقتصار على ما يأتى ط .

والأصل أنه لا يصح تمليك الدين من غير من عليه الدين إلا إذا وكله بقبضه وأن الدراهم والدنانير يتعينان فى الوكالات فلما أمره بالشراء بدين له عليه ، فإن كان المبيع معينا تعين البائع ضرورة ، لأنه إنما يبيعه مالكه وإذا كان المبيع معينا كان بائعه معينا ، وكذا لو عين البائع مثال الأوّل إذا قال له اشتر فلانا العبد فإن بائعه مالك

(وإلا) يعين (فلا) يلزم الآمر (ونفذ على المأمور) فهلاكه عليه خلافا لهما ، وكذا الخلاف لو أمره أن يسلم ما عليه أو يصرفه بناء على تعين النقود فى الوكالات عنده وعدم تعينها فى المعاوضات عندهما .

العبد . ومثال الثانى اشترلى عبد فلان ، وفى الحالين البائع معلوم فكأنه وكله بقبض الدين الذى على الوكيل المجهول ثمنا فجاز تمليك الدين منه وكان الشراء بذلك الدين وكان موافقا للموكل بالثمن الذى عينه له لأجل شراء العبد مثلا ، وإذاكان المبيع غير معين ولم يكن بائعه معينا لم يمكن أن يكون وكيلا بقبض الدين فلم يصح الشراء منه بذلك الدين ، فلو تم العقد لكان مخالفا للآمر فى الثمن الذى عينه له وهو الدين ، لأن البائع لايصح أن يكون وكيلا بقبضه لأن توكيل المجهول باطل. وعندهما صح البيع لأن الدراهم والدنانير فى المعاوضات لاتتعين والوكالة منها فصح الشراء ، والحقوق ترجع إلى العاقد فيلزمه ثمن المبيع ويرجع به على آمره فيلتقيان قصاصا بالدين الذى له عليه (قوله وإلا يعين) أى وإن لم يعين المبيع ولا البائع (قوله فهلاكه عليه) أى إذا لم يقبضه الآمر ، وإن قبضه الآمر فهو بيع له بالتعاطى (قوله خلافا لهما) فقالا يلزم الآمر إذا قبضه المأمور بحر : أى فى الوجهين كنز ، يعنى بهما ما إذا كان العبد المأمور بشرائه معينا أو غير معين أبو السعود (قوله وكذا الخلاف لو أمره أن يسلم ما عليه) أى يعقد عقد السلم ، بأن قال أسلم الدين الذى لى عليك إلى فلان جاز وإن لم يعين فلانا لم يجز عنده وعندهما يجوز كيفما كان (قوله أو يصرفه) أى يعقد عقد الصرف ، بأن أمره أن يصرف ما عليه من الدين إذا كان دراهم بدنانير أو دنانير بدراهم مثلا. وأصله أن التوكيل بالشراء إذا أضيف إلى دين لا يصح عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى إذا لم يكن البائع أو المبيع متعينا . وعندهما يصح كيفما كان .

لهما أن النقدين لا يتعينان فى المعاوضات عينا كان أو دينا ، ولهذا لو اشترى شيئا بدين للمشترى على البائع ثم تصادقا أن لادين يبطل الشراء ويجب عليه مثله فإذا لم تتعين صار الإطلاق والتقييد به سواء كما فى غير الدين ، وقول العينى : ولهذا لو اشترى شيئا بدراهم على المشترى الخ تبع فيه الزيلعى . وصواب العبارة بدين للمشترى على البائع كما ذكرنا .

ولأبى حنيفة رحمه الله تعالى أن النقودتتعين فى الوكالات ، ولهذا لو قيدها بالعين منها أو بالدين منها ثم هلك العين أو أسقط الدين بطلت الوكالة ، فإذا تعينت فيها كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين وذلك لايجوز إلا إذا وكله بقبضه له ثم لنفسه وتوكيل المجهول لايجوز فكان باطلا ؛ كما إذا اشترى بدين على المشترى أو يكون أمرا بصرف مالا يملك إلا بالقبض قبله وذلك باطل كما إذا قال أعط مالى عليك من شئت بخلاف ما إذا عين البائع لأنه يصير وكيلا عنه بالقبض ثم يتملكه ، وبخلاف ما إذا أمره بالتصدق لأنه جعل ماله لله تعالى وهو معلوم . وأما مسألة التصادق بأن لادين عليه بعد الشراء به فلأن النقود لاتتعين فى البيع ديناكان أو عينا ، فإذا لم تتعين لايبطل البيع ببطلان الدين بخلاف الوكالة فإن النقود تتعين فيها . وفى النهاية أن النقود لاتتعين فى الوكالة قبل القبض بالإجماع ، وكذا بعده عند عامتهم ، وعزاه إلى الزيادات والذخيرة ، فعلى هذا لايلزمهما ماقاله أبو حنيفة زيلعى ، والمراد بالمشترى فى قوله كما إذا اشترى بدين على غير المشترى هو الوكيل أبو السعود عن شيخه (قوله بناء على تعيين النقود فى الوكالات عنده) بدليل أن الآمر لو قيد الوكالة بالعين منها أو بالدين منها ثم استهلكت العين أو سقط الدين بطلت الوكالة كما تقدم قريبا (قوله فى المعاوضات) عيناكانت النقود أو دينا (قوله عندهما) قال فى البحر : تنبيه فى حكم النقود فى الوكالة ففى بيوع خزانة المفتين : ولو قال لغيره اشترلى

(ولو أمره) أى أمر رجل مديونه (بالتصدق بما عليه صح) أمره بجعله المال لله تعالى

بهذه الألف الدراهم جارية فأراه الدراهم ولم يسلمها إلى الوكيل حتى سرقت ثم اشترى جارية بألف لزمت الوكيل ، والأصل أن الدراهم والدنانير يتعينان فى الوكالة قبل التسليم بلا خلاف وكذا بعده على الأصح .
وفائدة النقد والتسليم على الأصح شيئان : أحدهما توقف بقاء الوكالة ببقاء الدراهم المنقودة . والثانى قطع الرجوع على الموكل فيما وجب للوكيل على الموكل بالثمن ، ولو كان الموكل دفع الدراهم إلى الوكيل فسرقت من يده لا ضمان عليه ، فإن اشترى بعد ذلك نفذ الشراء عليه ، وإن هلكت بعد الشراء فالشراء للموكل ويرجع بمثله ، فإن اختلفا فى كون الهلاك قبله أو بعده فالقول للآمر مع يمينه انتهى . ونقل مثله فى نور العين فى الفصل السابع عشر . ونقل فيه قبله ما نصه شيخ : يتعين النقدان فى التبرعات كهبة وصدقه ، والنقود تتعين فى الشركات والمضاربات والوكالات بعد التسليم إلى هؤلاء لكونها أمانة وقبل التسليم لاتتعين وجيز .
النقدان لا يتعينان فى المعاوضات وفسوخها وإن عينت حتى لا يستحق عينها ، وللمشترى أن يمسكها ويرد مثلها ، ويتعينان فى الغصوب والأمانات والوكالات والشركات ونحوها انتهى .
وقال فى الأشباه والنظائر فى أحكام النقود وفى وكالة البناية : اعلم أن عدم تعيين الدراهم والدنانير فى حق الاستحقاق لاغير ، فإنهما يتعينان جنسا وقدرا ووصفا بالاتفاق ، وبه صرح الإمام العتابى فى شرح الجامع الصغير اه . قال الحموى يعنى أن من حكم النقود أنها لاتتعين : ولو عينت فى عقود المعاوضات وفسوخها فى حق الاستحقاق فلا يستحق عينها فللمشترى إمساكها ودفع مثلها جنسا وقدرا ووصفا هذا هو المراد اه . وقدم فى الاستدلال للإمام وصاحبيه أن الدراهم والدنانير لايتعينان فى المعاوضات عندهما . ويتعينان عنده فى الوكالات ثم عليك بالتأمل فى قوله : وفائدة النقد والتسليم الخ بعد ما ذكره من الأصل المذكور وهو أنهما لايتعينان . وكذا ما ذكره بعده من أنه لو اشترى بعد ما سرقت بعد الشراء عليه فإنه دليل على تعينهما كما هو قول الإمام لا على عدمه ، والله سبحانه وتعالى أعلم .
قال فى الحواشى الحموية : وإنما لم تتعين فى عقد المعاوضات لأن النقد خلق ثمنا والأصل فيه وجوبه فى الذمة لتوصله إلى العين المقصودة واعتبار التعيين فيه يخالف ذلك ، بخلاف تعينه فى الهبة لعدم وجوبه فى الذمة : وكذا فى الصدقة والشركة والمضاربة والوكالة والغصب إذا قام عينه ، ولو هلك النقد فى يد الوكيل انعزل ولو هلك بعد البيع قبل التسليم انفسخ البيع ولا يطالب الوكيل بعد بتسليم مثله وعين ذلك النقدين بالتعيين فى عقد المعاوضة وفسخه . والشافعى وأحمد وافقاه كزفر لأنه صادر عن أهله مضافا إلى محله فيعتبر كما فى عقد المعاوضة وقيد بالنقد لأن ماهو مصوغ من الذهب والفضة يتعين بالتعيين اتفاقا . وكذا غيرهما من المثليات . وأثر الخلاف أنه لو عين الدراهم ليس للمشترى أن يسلم غيرها . وعندنا له أن يسلم مثلها ، ولا ينقض العقد بالهلاك والاستحقاق بل يطالب بتسليم مثلها ، كذا فى شرح درر البحار للعلامة شيخ البخارى ، وقوله وكذا غيرهما من المثليات يعنى يتعين بالتعيين اتفاقا ، وهذا محله إذا كان المثلى حاضرا مشارا إليه ، يفهم هذا القيد من قوله يتعين بالتعيين إذ التعيين لايكون فى الغائب . وذكر فى الذخيرة أن الفلوس بمنزلة الدراهم والدنانير فى أنها لاتتعين بالتعيين انتهى .
وفى شرح الجامع الصغير للتمرتاشى : الدراهم لاتتعين فى العقود والفسوخ وفرّع عليه وجوب زكاة الأجرة المعجلة فى الإجارة الطويلة على الآجر فى السنين التى كانت الأجرة فى يده لأنه ملكها بالقبض ، وبالفسخ لاينتقض ملكه إذا كانت الأجرة دراهم وما شاكلها .

وهو معلوم (كما)صح أمره (او أمر) الآجر (المستأجر بمرمة مااستأجره مما عليهمن الأجرة) وكذا لوأمره بشراء عبد يسرق الدابة وينفق عليها صح اتفاقا للضرورة لأنه لا يجد الآجر كل وقت فجعل المؤجر كالمؤجر فى القبض .

قلت : وفى شرح الجامع الصغير لقاضيخان : إن كان ذلك قبل وجوب الأجرة لا يجوز وبعد الوجوب قبل على الخلاف الخ فراجعه .

(ولو) أمره (بشرائه بألف ودفع) الألف (فاشترى وقيمته كذلك فقال الآمر اشتريت بنصفه وقال المأمور) بل (بكله صدق) لأنه أمين (وإن) كان (قيمته نصفه ف) القول (للآمر) بلا يمين درر وابن كمال

وعن السرخسى : يجب على المستأجر أيضا لأنه يعد ذلك دينا على الآجر ، وكذا فى بيع الوفاء : زكاة ذلك المال على البائع والمشترى ، وليس هذا إيجاب الزكاة على شخصين فى مال واحد لأن الدراهم لاتتعين فى العقود والفسوخ انتهى (قوله وهو معلوم) هو جواب عما يقال إنه أمره بالتصدق وهو تمليك للفقير ، وهو مجهول ، وتوكيل المجهول باطل .

وحاصل الجواب أنه جعله لله تعالى وهو معلوم ، فيكون الله سبحانه وتعالى هو القابض للصدقة ، لأن الصدقة تقع فى كف الرحمن والفقير نائب عنه ، ولا تضر جهالة النائب ، كما قالوا : لو تصدق بما يحتمل القسمة على فقيرين صح مع أن الصدقة بالمشاع قبل القسمة لاتصح ، لأن الصدقة تقع فى كف الرحمن وهو واحد ، ولا يضر تعدد النائب (قوله وكذا لو أمره بشراء عبد) أى من الأجرة (قوله لأنه لايجد الآجر) أى المؤجر وهو بدل مما قبله (قوله فجعل المؤجر) بفتح الجيم : أى العين المستأجرة وهو كالدار مثلا (قوله كالمؤجر) بكسر الجيم ، أى فجعلت الدار مثلا قائمة مقام الآجر . وفى البحر : فأقيمت العين مقام المؤجر فى القبض (قوله قبل وجوب الأجرة لايجوز) لأنه لادين له عنده حينئذ ، فكأنه أمره بالتصدق بمال نفسه فلا يرجع به على الآمر ولا يقتطعه من الأجرة ، لأن الأجرة لم تكن وجبت (قوله على الخلاف) أى لايصح عنده لأنه أمره بإتلاف نفسه مال فلا يرجع عليه به ، ويصح عندهما لأنه حيث شرط أن يكون ذلك من الأجرة فكأنه قال لترجع به على تأمل (قوله فراجعه) أقول : الذى رأيته فى الشرح المذكور فى هذا المحل مثل ماقدمه ، ونصه : وأما مسألة إجارة الحمام ونحوها ، قيل ذلك قولهما وإن كان قول الكل ، فإنما جاز باعتبار الضرورة لأن المستأجر لايجد الآجر فى كل وقت فجعلنا الحمام قائما مقام الآجر فى القبض انتهى ولم أجد هذه العبارة فيه ، لكن لاتخالف ماذكره المتن لأن وجوب الأجرة يكون بعد استيفاء المنفعة ، أو باشتراط التعجيل وهو معنى قول المتن مما عليه من الأجرة .

قال المقدسى : وفرع الحمام ممنوع ، ولئن سلم فللضرورة لأن المؤجر لايوجد كل حين فأقيم الحمام مقامه اه .

[تنبيه] إذا ادعى المستأجر أنه عمر لم يقبل منه إلا ببينة ، بخلاف الأمين المأذون بالدفع إذا ادعاه فإنه يقبل قوله كما فى فتاوى قارئ الهداية وغيرها . وفى وديعة البزازية مايخالف مسألة الدين فلينظر ثمة (قوله لأنه أمين) ادعى الخروج عن عهدة الأمانة والآمر يدعى عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر (قوله فالقول للآمر) وينفذ على المأمور زيلعى ، لأن الوكيل بالشراء ليس له أن يشترى بالغبن الفاحش اتفاقا ، ولأنه إنما أمره أن يشترى له عبدا بألف والعبد الذى قيمته نصف الألف غير المأمور به فلم يكن وكيلا فى شرائه ، فنفذ الشراء وصار ضامنا للمال فخرج عن كونه أمينا فلذا كان القول للآمر (قوله بلا يمين) فى الأشباه : كل من قبل قوله فعليه اليمين إلا فى مسائل

تبعا لصدر الشريعة حيث قال : صدق فى الكل بغير الحلف وتبعهم المصنف ، لكن جزم الوانى بأنه تحريف وصوابه بعد الحلف (وإن لم يدفع) الألف (وقيمته نصفه فـ) القول (للآمر) بلا يمين قاله المصنف تبعا للدرر كما مر .

عشر وعدها ، وليس منها ماذكره هنا ، ويمكن الجواب تأمل (قوله صدق فى الكل بغير الحلف) أى فى صورتى الدفع وعدمه إذا كانت القيمة مقدار نصف الثمن (قوله لكن جزم الوانى بأنه تحريف) اعترض ط وغيره من محشى هذا الكتاب على ألوانى بأنه لاوجه لنسبة الوانى هؤلاء الجهابذة إلى التواطؤ على التحريف لأن العلة كما فى الهداية وغيرها أن الوكيل ليس له الشراء بالغبن الفاحش اتفاقا ، بخلاف الوكيل بالبيع ، ولأنه وكله بشراء عبد بألف وقد اشترى عبدا يساوى خمسمائة وهو غير المأمور به وهو الذى يساوى الألف ، فحينئذ لاوجه لتحليف الموكل لظهور مخالفته له وشرائه بالغبن الفاحش وهو ممنوع عنه . ولا فرق بين أن يدفع له الألف أولا ، غير أن معنى تصديق الموكل عدم إلزامه بالعبد الذى لايساوى الألف بالغبن الفاحش ، وظهوره أنه غير المأمور به على أنه مقتف أثر صدر الشريعة ومع ذلك هو مطالب بتصحيح النقل ؛ ولم نجده فيما بين أيدينا من الكتب وكذا الحال فيما بعده .

والحاصل أن ادعاء التحريف من هؤلاء الأفاضل من غير نقل من مدعيه سوء ظن بهم وتخطئتهم فى غير محلها ، وحينئذ فالقول للآمر لكون المأمور مخالفا بشرائه بالغبن الفاحش انتهى حاصل إعتراضهم .

أقول : وعبارة الوانى أقول : ماذكره الشارح من قوله بلا يمين مخالف للعقل والنقل . أما العقل فلأن القول إذا كان للآمر يحكم بلزوم العبد مثلا على المأمور ، فهذا الحكم بمجرد قول الخصم بلا يمينه بعيد وجد .

وأما النقل فلأنه قال فى الهداية : ولو أمره أن يشترى له هذا العبد ولم يسم له ثمنا فاشتراه فقال الآمر اشتريته بخمسمائة وقال المأمور بألف وصدق البائع المأمور فالقول قول المأمور مع يمينه اهـ . على أن تصديق البائع إذا احتيج إلى تحليف المأمور فبدونه يكون أولى .

فإن قيل : سكوت صاحب الهداية وغيره عن ذكر اليمين فى الصورة السابقة وتعرضهم لها فى هذه الصورة يشعر أن لايجب اليمين فيها كما قال الشارح . قلنا : لعل سكوتهم فى الصورة المذكورة بناء على ظهورها وأما تعرضهم لها فى هذه الصورة فللتوطئة لبيان الاختلاف الآتى هل يجب اليمين فقط أو تحالف الجانبين .

لايقال : إذا كان الغبن فاحشا لايلزم على الآخر سواء حلف أو لم يحلف فلا يكون فائدة ويكون قول الشارح بلا يمين فى موقعه . لأنا نقول : فائدتها أن المأمور قد يتضرر ببقاء العبد عليه ، فلو استحلف الآمر يحتمل أن يقور اشتراءه بأكثر ، ومثل هذا الاعتراض يرد على صدر الشريعة أيضا ، فإنه قال : إعلم أن المراد بقوله صدق فى جميع ماذكر التصديق بغير الحلف وكأنه مأخذ الشارح ، ويحتمل أن تكون كلمة بغير تصحيفا عن بعد وهذا توجيه تفرد به أضعف العباد ، والله تعالى الهادى .

واعترض ذلك أيضا فى الحواشى اليعقوبية حيث قال : هذا ليس بمذكور فى غير هذا الكتاب ، وفيه كلام وهو أنه صرح فى الكافى فى المسألة السابقة المذكورة فى المتن بقوله : فإن قال شريت عبداً للآمر فمات فقال الآمر الخ بأن المراد من تصديق الوكيل تصديقه مع يمينه ، لأن الثمن كان أمانة فى يده وقد ادعى الخروج عن عهدة الأمانة من الوجه الذى أمر به فكان القول له ، ولا فرق فى تصديق الوكيل لأجل كونه أمينا بين موضع وموضع فيكفى التصريح فى موضع فلا يتم قول الشارح كما لايخفى فليتأمل اهـ .

قلت : لـكن فى الأشباه القول للوكيل بيمينه إلا فى أربع فبالبينة ، فتنبه

قلت : وذكر فى نور العين فى مسائل اليمين قبيل الفصل السادس عشر القول فى كل أمانة للأمين مع يمينه وكذا البينة بينته والضمين تقبل بينته لايمينه على الإيفاء اه . وعلى هذا فكيف يكون القول للمأمور بلا يمين فى المسألة الأولى، وكذا كيف يكون للآمر فى الثانية بلا يمين فتدبر (قوله لـكن فى الأشباه) هذا فى مقام الاستدراك على التعميم الواقع فى صدر الشريعة من نفى اليمين عن الوكيل والموكل . على أن مافى الأشباه فى الوكيل وفى مسألتنا لم يبق وكيلا لما علمت ، وحينئذ فلا حاجة إلى هذه العبارة . ونص عبارة الأشباه : الوكيل يقبل قوله بيمينه فيما يدعيه إلا الوكيل بقبض الدين إذا ادعى بعد موت الموكل أنه كان قبضه فى حياته ودفعه له فإنه لايقبل قوله إلا ببينة كما فى فتاوى الولوالجية من الوكالة ، وقد ذكرناه فى الأمانات ، وفيما إذا ادعى بعد موت الموكل أنه اشترى لنفسه وكان الثمن منقودا ؛ وفيما إذا قال بعد عزله بعته أمس وكذبه الموكل ؛ وفيما إذا قال بعد موت الموكل بعته من فلان بألف درهم وقبضتها وهلـكت وكذبه الورثة فى البيع فإنه لايصدق إن كان المبيع قائما بعينه ، بخلاف ما إذا كان مستهلـكا الـكل من الولوالجية من الفصل الرابع فى اختلاف الوكيل مع الموكل اه .

قال المحشى الحموى : أقول : وأما ورثة الوكيل فنص عليهم قارىء الهداية فى فتاويه بعد نحو أربع ورقات مع بقية ورثة الأمناء وذكرها المصنف فى فتاويه فى الـكراس الأخير مما عند كاتبه . وقد سئل شيخ مشايخنا شيخ الإسلام نور الدين على بن غانم المقدسى فى الوكيل بعد عزله هل يقبل قوله فى الدفع لموكله أم لا ، وهل يقبل قوله فى الدفع لموكله بعد موته فيفرق فى ذلك بين العزل الحـكمى والحقيقى أم لا ، وهل قول العمادى فى فصوله ولو كان الموكل هو الميت بطلت : أى الوكالة ، فإن قال قد كنت قبضت فى حياة الموكل ودفعت إليه لم يصدق فى ذلك لأنه أخبر عما لايملك إنشاءه فـكان متهما فى إقراره ، وقد انعزل بموت الموكل ومثله فى الخلاصة صحيح يعتمد عليه إفتاء وقضاء أولا .

وقد ذكر العمادى فى موضع أنه يقبل قول الوكيل بعد الموت أعنى موت الموكل حيث قال : ولو وكله بقبض وديعة أو عارية فمات الموكل فقد خرج الوكيل عن الوكالة ، فإن قال الوكيل قد كنت قبضتها فى حياته ودفعتها إلى الموكل يصدق فى ذلك ، وتأتى المسألة بعد ذلك إن شاء الله تعالى ، ثم ذكر ما قدمناه من عدم تصديق الوكيل بعد موت موكله ، فهل يمكن التوفيق بين هذين الفرعين أم لا ، وهل إذا فرق بينهما بكون الأول فى الدين والثانى فى الوديعة يكون الفرق صحيحا ، فأجاب هذا السؤال حسن ، وقد كان يختلج بخاطرى كثيرا أن أجمع فى تحريره كلاما يزيح إشـكالا ويوضح مراما : لـكن الوقت الآن يضيق عن كمال التحقيق ، فنقول وبالله التوفيق . التأمل فى مقالهم والتفحص لأقوالهم يفيد أن الوكيل بعد العزل يقبل قوله فى بعض المواضع دون بعض ، فمما يفيد عدم قبول قوله لو قال الموكل ببيع عبد مثلا لوكيله قد أخرجتك عن الوكالة فقال قد بعته أمس لم يصدق لأنه حكى عقدا لا يملك إنشاءه للحال ، نظير ما لو قال لمطلقته بعد انقضاء العدة كنت راجعتك فيها لا يصدق ، ومما يفيد القبول قولهم فى الفرع المذكور : لو مات الموكل وقال ورثته لم تبعه وقال الوكيل بعته من فلان بألف درهم وقبضت الثمن وهلك وصدقه المشترى يصدق الوكيل إن كان العبد هالـكا ، قالوا لأن بهذا الإخبار لا يريد إزالة ملك الورثة بل ينـكر وجوب الضمان بإضافة البيع إلى حالة الحياة والورثة يدعون الضمان بالبيع بعد الموت فيكون القول للمنكر . وأما العزل الحـكمى والحقيقى فعلوم : والفرق بينهما بأن

. . . .

الحقيقى يتوقف على علم الوكيل بخلاف الحكمى . وأما ما ذكره فى الفصول العمادية فلا خفاء أن أحد المحلين فى الوديعة والآخر فى الدين .

وقد استشكله صاحب جامع الفصولين بقياس أحدهما على الآخر ، لكن الحكم مصرح به بالاختلاف بين الوديعة والدين كما فى الولوالجية اه ، وقوله إلا الوكيل بقبض الدين الخ . قيل عليه ليس لهذا الاستثناء الذى ذكره أصل بل هو مخالف لما صرحوا به ، وقد اغتر بظاهر عبارة المصنف بعض المفتين فأفتى بأنه لا يقبل قول الوكيل المذكور إلا ببينة .

وتقرير الكلام بما يدفع الشبهة والأوهام أن الوكيل إما أن يكون وكيلا بقبض دين ثابت لموكله فى ذمة غيره أو دين استقرضه الموكل بنفسه ووكله فى قبضه من غيره ، وإذا ادعى الوكيل إيصال ما قبضه لموكله ، إما أن يكون دعواه فى حياة موكله أو بعد موته ، وفى كل منهما يقبل قول الوكيل بيمينه لبراءة ذمته ، ودعواه هلاك ما قبض فى يده كدعواه الإيصال ابراءة ذمته فى كل حال . وأما سراية قوله على موكله ليبرأ غريمه فهو خاص بما إذا ادعى الوكيل حال حياة موكله بالقبض ، وأمابعد موته فلايثبت به براءة الغريم إلا ببينة يقيمها أوتصديق الورثة على قبض الوكيل لو أنكروا إيصاله لموكله .

وأما الوكيل بقبض ما استدانه الموكل فلا يسرى قوله على موكله حال حياته إذا أنكر قبضه على المفتى به كما بعد موته فلابد من البرهان ، وهذه عبارة الولوالجية تفيد ما قدمناه قال : ولو وكله بقبض وديعة ثم مات الموكل فقال الوكيل قبضت فى حياته وهلك وأنكر الورثة أو قال دفعت إليه صدق ، ولوكان دينا لم يصدق لأن الوكيل فى الموضعين حكى أمرا لا يملك استئنافه أى استئناف سببه على طريق مجاز الحذف لكن من حكى أمرا لا يملك استئنافه ، إن كان فيه إيجاب الضمان على الغير لا يصدق ، وإن كان فيه نفى الضمان عن نفسه يصدق والوكيل بقبض الوديعة فيما حكى يوجب الضمان على الموكل وهو ضمان مثل المقبوض فلا يصدق اه وقوله وقد ذكره فى الأمانات .

أقول : وكذا فى المداينات ، وقد حصل الاشتباه بنقل المصنف تلك العبارة عن الولوالجية فى ثلاثة مواضع مختصرة لا على الوجه الأكمل هنا ، وقد علمت ما فيه .

وفى كتاب الأمانات حيث قال : كل أمين ادعى إيصال الأمانة إلى مستحقها قبل قوله كالمودع إلى قوله إلا الوكيل بقبض الدين .

وفى كتاب المداينات حيث قال : تفرع على أن الديون تقضى بأمثالها مسائل : منها الوكيل بقبض الدين إذا ادعى بعد موت الموكل أنه كان قبض فى حياته ودفعه إليه فإنه لا يقبل قوله إلا ببينة لأنه يريد إيجاب الضمان على الميت ، بخلاف الوكيل بقبض العين اه . فقد حصل الاشتباه بقوله لا يقبل قوله إلا ببينة هل النفى عام فى حقه وحق موكله أو المنفى ثبوت الدين على الآمر فقط لا براءة الوكيل بالقبض بقوله قبضت فى حياته ودفعت له ، وقد علمت ما هو الصواب اه . وقوله لم يصدق : أى فى قوله قبضت ودفعت يعنى بالنسبة إلى المديون لا بالنسبة إلى نفسه ، وإذا لم يصدق ترجع الورثة على المديون ، فإن صدق المديون الوكيل فى الدفع فلا يمين عليه ولا يرجع المديون عليه لأنه أقر بأنه أوصل الحق إلى مستحقه ، وأن رجوع الورثة بطريق الظلم والمظلوم لا يظلم غيره ، وإن كذبه فى الدفع يحلف إذ الضابط أن كل من أقر بشىء لزمه يحلف إذا هو أنكره ، ولو أقر

(وإن) كان (قيمته ألفافيتحالفان ثم يفسخ العقد) بينهما (فيلزم) المبيع (المأمور ، و) كذا لو أمره (بشراء معين من غير بيان ثمن فقال المأمور اشتريته بكذا ، و) إن (صدقه بائعه)

بأن المال موجود عنده لم يدفعه أخذه منه فإذا حلف برىء لأنه بالنسبة إليه مودع والقول قوله فى براءة نفسه ، وإنما كان مودعا لأنه مصدق له فى الوكالة والقبض بطريق الوكالة وبذلك صار المال فى يده أمانة كما صرحوا به فى كتاب الوكالة ، وإن نكل عن اليمين رجع عليه ، وإن صدقه الورثة فى القبض وكذبوه فى الدفع فالقول قوله بيمينه ، لأنه بالقبض صار المال فى يده وديعة فتصديقهم له فيه اعتراف بأنه مودع وأن المديون قد برئت ذمته بذلك ، فإن حلف برىء ، وإن نكل عن اليمين لزمه المال المدعى ، وإن أقام بينة على الدفع جاز واندفعت عنه اليمين ، ولو أن الورثة فى صورة إنكار القبض والدفع حين أرادوا الرجوع على المديون أقام المديون بينة أنه دفع المال للوكيل حال حياة الموكل اندفعت دعواهم عليه ، ثم إذا أرادوا تحليف الوكيل على الدفع لهم ذلك لأن الثابت بالبينة كالثابت عيانا فكان قبضه معاينا دون دفعه ، فإن حلف برئ ، وإن نكل لزمه دعواهم ، ولو لم يقم المديون بينة على الدفع للوكيل وأراد تحليف الورثة على نفى العلم بالدفع للوكيل يحلفون ، فإن حلفوا ثبت عليه المدعى ، وإن نكلوا لزمهم دعواه وهو الدفع . ثم إذا ثبت الدفع للوكيل بنكولهم وكذبوه فى الدفع للموكل لهم تحليفه على دفعه له ، فإن حلف برئ ، وإن نكل لزمه دعواهم .

والحاصل أنه متى ثبت قبض الوكيل الدين من المديون بوجه من الوجوه كان القول قوله بيمينه فى الدفع لأنه صار بعده مودعا ، والقول قوله فى الدفع . وقد ظهر من هذا أنه ينتصب خصما للورثة ، حتى إذا أقام عليهم بينة بالدفع للميت جاز واندفعت خصومتهم عن المديون ، فإذا صدقوه فى القبض منه والدفع أو نكلوا عن اليمين على نفى العلم كما شرحنا ثبت عليهم بالدفع واندفعوا عن الوكيل والمديون ، وإنما قلنا بأن له أن يحلف الوكيل على الدفع لأنه مصدق له فى القبض لا فى الدفع ، ولما دفع المال للورثة ثانيا صار أحد المالين له فانتصب الوكيل خصما له فيما قبضه ولتحليفه فائدة ، وهو أنه ربما ينكل عن اليمين أو يقر بعد الدفع فيرد المدفوع لربه وهذا يعلم من مسائل ذكرت فى دعوى المديون لإيفاء الدين فى جواب الوكيل بقبض الدين ، فراجع تلك المسائل وافهم العلة يظهر لك الحكم والله تعالى أعلم كذا حرره بعض الفضلاء اه .

وتكلم الشرنبلالى على عبارة الأشباه كلاما طويلا حرره فى رسالة حافلة ، وكذا المقدسى ، ورسالة لخصها الحموى فى حاشيته ونقله الفتال فراجع ذلك إن شئت ، وسيأتى فى كتاب العارية من كلام المصنف والشارح فى هذا البحث بما لا مزيد عليه فراجعه إن شئت (قوله وإن كان قيمته ألفا فيتحالفان) أى فى صورة ما إذا لم يدفع الألف فإنه إنما يكون أمينا حيث دفع إليه المال فى المال المدفوع إليه فكان القول له بيمينه ليبرئ نفسه عن الضمان ، ومع عدم الدفع ليس معه شىء هو أمين فيه إنما يريد الرجوع على الآمر وهو بالنسبة إليه بمنزلة البائع منه لأنه أصيل فى الحقوق كما تقدم ، وعند اختلاف البائع والمشترى فى الثمن يتحالفان فكذا هذا (قوله ثم يفسخ العقد) أى الذى جرى بينهما حكما (قوله فيلزم المبيع المأمور) أى فى الصورتين كما فى الزيلعى (قوله من غير بيان ثمن) فإن بعد القبض كان القول قول المأمور بيمينه لأنه أمين يريد إبراء نفسه من الضمان .

فإن قلت : كيف يتصور بعد القبض من غير بيان ثمن .

قلت : بأن يدفع له مقدارا من المال فيقول له اشتر لى عبدا وادفع من هذا المال ثمنه ولم يبين مقدار مايدفع

على الأظهر (وقال الآمر بنصفه تحالفا) فوقوع الاختلاف فى الثمن يوجب التحالف .

وإن كان قبل القبض يتحالفان ولا عبرة بتصديق البائع لأن قوله لا ينفذ على الآمر ولو كان معه شاهد آخر لأنه لا يصلح أن يكون شاهدا على فعل نفسه (قوله على الأظهر) وهو قول أبى منصور وعليه المعظم ، لأن البائع بعد استيفاء الثمن أجنبى عنهما وقبله أجنبى عن الموكل إذ لم يجر بينهما عقد فلا يصدق عليه فبقى الخلاف فيتحالفان ، وقيل لا تحالف لأنه ارتفع الخلاف بتصديق البائع إذ هو حاضر فيجعل تصادقهما بمنزلة استئناء عقد فى الحال ، وفى المسألة الأولى هو غائب فاعتبر الاختلاف .

والحاصل أن التصحيح قد اختلف ، فصحح قاضيخان عدم التحالف تبعا للفقيه أبى جعفر ، وصحح فى الكافى التحالف تبعا للهداية بناء على أن قول الهداية وهو أظهر بمعنى أصح . ونص محمد فى الجامع الصغير أن القول للمأمور بيمينه ، فمنهم من نظر إلى ظاهره فنفى التحالف ، ومنهم من قال إنه أراد التحالف لكنه اكتفى بذكر يمين الوكيل لأنه مدع ، ولا يمين عليه إلا فى صورة التحالف فهو المقصود ، لولا ذلك لكان القول للآمر لإنكاره فيأخذ المبيع بما حلف عليه ولم يذكر يمين الوكيل كذا ذكروا .

واستشكل الزيلعى قول من قال إن مراده التحالف الخ بأنه وإن كان يدل على ما ذكروا من حيث المعنى لكن لفظه لايدل على ذلك ولا على الأول ، فإن قوله إن القول للمأمور بيمينه يدل على أن المأمور يصدق فيما قال وفى التحالف لا يصدق واحد منهما ، ولو كان مراده التحالف لما قال ذلك . قال المحبوبى فى شرح الجامع الصغير : وهذا فيما إذا اتفقا أنه أمره بالشراء بألف فلو قال أمرتك بخمسمائة وقال المأمور بألف فالقول للآمر بيمينه لأن الآمر فيه يستفاد ويلزم العبد المأمور لمخالفته ، وإن برهنا فالبينة بينة الوكيل لكثرتها كذا فى النهاية والدراية .

قيل يرد على ظاهره أن وضع المسألة فيما إذا لم يسم عند التوكيل الثمن فكيف يقول المحبوبى هذا إذا تصادقا على الثمن عنـــد التوكيل . وأجيب بأن التصادق فى الثمن يخالف التحالف فيه فيصور بأن يتفقا على تسمية ثمن معين وبأن يتفقا على عدم تسميته أصلا . وبالجملة فالتصادق على الثمن من حيث تسميته ومن حيث عدم تسميته ، والثانى هو المراد فى قول المحبوبى ، كذا فى المقدسى . قال فى البحر : ولم يذكر ما إذا كانت قيمتها بينهما اه .

أقول : والذى يفهم من عبارة ابن الكمال فى الإصلاح ، فإن أعطاه الألف صدق هو إن ساواه وإلا فالآمر وإن لم يكن أعطاه الألف وساوى أقل منه صدق الآمر ، وإن ساواه تحالفا (قوله فوقوع الاختلاف فى الثمن) أى الحكمى لأن بينه وبين الموكل مبادلة حكمية .

وفى الجامع : دفع إليه ألفا يشترى له أمة وأمره أن يزيد من عنده إلى خمسمائة فشرى أمة وقال شريتها بألف وخمسمائة وقال الآمر بألف ، فإن برهن أحدهما قضى ببينته ، وإن برهنا قضى ببينة الوكيل ، وإن لم يكن لأحدهما بينة حلف كل على دعوى صاحبه ويبدأ بيمين الموكل ، فإذا حلفا صارت الأمة أثلاثا ثلثاها للموكل وثلثها للوكيل .

[فرع] فى التتارخانية : دفع له ألف درهم وأمره أن يشترى بها عبدا بعينه فشراه ودفعه ثم اشتراه الوكيل من البائع فزاده ثوبا وقبله ، قيل يقسم الألف على قيمة العبد وقيمة الثوب ، فما أصاب الثوب لزم المشترى رده

(ولو اختلفا فى مقداره) أى الثمن (فقال الآمر أمرتك بشرائه بمائة وقال المأمور بألف فالقول للآمر) بيمينه (فإن برهنا قدم برهان المأمور) لأنها أكثر إثباتا (و) لو أمره (بشراء أخيه فاشترى الوكيل فقال الآمر ليس هذا) المشترى (بأخى فالقول له) بيمينه (ويكون الوكيل مشتريا لنفسه) والأصل أن الشراء متى لم ينفذ على الآمر ينفذ على المأمور ، بخلاف البيع كما مر فى خيار الشرط (وعتق العبد عليه) أى على الوكيل لزعمه عتقه على موكله فيؤاخذ به خانية (و) لو أمره عبد (بشراء نفس الأمر من مولاه بكذا ودفع) المبلغ (فقال) الوكيل (لسيده اشتريته) لنفسه فباعه على هذا الوجه (عتق) على المالك (وولاؤه لسيده) وكان الوكيل سفيرا (وإن قال) الوكيل (اشتريته) ولم يقل لنفسه (فالعبد) ملك (للمشترى والألف للسيد فيهما) لأنه كسب عبده (وعلى العبد ألف أخرى فى) الصورة (الأولى) بدل الإعتاق (كما على المشترى) ألف (مثلها فى الثانية) لأن الأول مال المولى

للموكل فكأنه شراه مع ثوب بألف ، فالعبد نافذ على الآمر والثوب على المشترى بحصته (قوله ولو اختلفا فى مقداره) أى فى تسمية مقداره : أى الثمن كما دل عليه التصوير ، وهنا اتفقا على بيان شىء لكن الاختلاف فى المقدار بخلاف الصورة التى قبلها فإنه لم يبين فيها شىء من الثمن .

واعلم أن كل الاختلاف السابق إنما هو فى الثمن ، فالأولى الإظهار فيقول : ولو اختلفا فى مقدار الثمن عند الآمر ، وما فى الزيلعى سهو كما علمته ، ونبه عليه فى البحر بقوله : وقولى هنا إنهما اتفقا على عدم تسمية الثمن أولى من قول الزيلعى ، وهذا فيما إذا اتفقا على أنه أمره أن يشترى له بألف ، إذ المسألة إنما فرضها المؤلف وغيره فيما إذا لم يسم ثمنا فهو سهو ، والله سبحانه وتعالى أعلم اهـ (قوله فالقول للآمر بيمينه) لأن ذلك يستفاد من جهته فكان القول قوله ويلزم العبد المأمور لمخالفته (قوله لأنها أكثر إثباتا) أنث الضمير باعتبار كون البرهان بينة (قوله بشراء أخيه) أى أخى الآمر ، والمراد به قريب ذو رحم محرم منه (قوله فالقول له) أى للآمر (قوله ويكون الوكيل مشتريا) هذا يفيد أن الولاء للوكيل (قوله بخلاف البيع) فإنه يبطل ويبقى على ملك الموكل (قوله ولو أمره عبد) الأولى حذفه لأنه أوجب ركاكة لفظية فإن المقصود أن العبد أمر رجلا أن يشتريه من سيده (قوله بكذا) أى بألف مثلا وكان ينبغى التعبير به لقوله بعد والألف للسيد (قوله ودفع المبلغ) فإذا لم يدفعه عتق على ألف وهى واحدة (قوله عتق على المال) لأن بيع العبد منه إعتاق وشراء العبد نفسه قبول الإعتاق ببدل فصار كأنه اشترى نفسه لنفسه (قوله وكان الوكيل سفيرا) فلا ترجع الحقوق إليه والمطالبة بالألف الأخرى على العبد لا على الوكيل هو الصحيح .

قال فى البحر : فصار كأنه اشترى نفسه بنفسه ، وإذا كان إعتاقا أعقب الولاء ، وإن لم يبين للمولى فهو عبد للمشترى لأن اللفظ حقيقة للمعاوضة وأمكن العمل بها إذا لم يبين فيحافظ عليه ، بخلاف مالو وكله غير العبد أن يشتريه له فإنه يصير مشتريا للآمر ، سواء أعلم الوكيل البائع أنه اشتراه لغيره أو لم يعلمه ، وهنا مالم يعلمه أنه يشترى للعبد لا يصير مشتريا للعبد لأن ثمة على نمط واحد لأنه فى الحالين شراء وفى الحالين المطالبة متوجهة إلى الوكيل فلا يحتاج إلى البيان . أما ههنا أحدهما إعتاق معقب للولاء ولا مطالبة على الوكيل والمولى عساه لا يرضاه ويرغب فى المعاوضة المحضة فلابد من البيان اهـ بتصرف (قوله والألف للسيد فيهما) أى فى صورتى ما إذا قال لنفسه أولا (قوله وعلى العبد ألف أخرى فى الصورة الأولى بدل الإعتاق) قال الإمام قاضيخان فى الجامع الصغير : وفيما إذا بين الوكيل للمولى أنه يشتريه للعبد هل يجب على العبد ألف أخرى : لم يذكر فى الكتاب . ثم قال :

فلا يصلح بدلا (وشراء العبد من سيده إعتاق) فتلغوا أحكام الشراء ، فلذا قال .

(فلو شرى) العبد (نفسه إلى العطاء صح) الشراء بحر (كما صح فى حصته إذا اشترى نفسه من مولاه ومعه رجل) آخر (وبطل) الشراء (فى حصة شريكه) بخلاف ما لوشرى الأب ولده مع رجل آخر فإنه يصح فيهما ، ببوع الخانية من بحث الاستحقاق . والفرق انعقاد البيع فى الثانى لا الأول لأن الشرع

وينبغى أن يجب لأن الأول مال المولى فلا يصح بدلا عن ملكه كذا فى النهاية (قوله فلا يصلح بدلا) أى لا بدلا عن العتق فى الصورة الأولى ولا عن المبيع فى الصورة الثانية ، وحيث استحق البدل وجب بدل العتق على العبد وبدل المبيع على المشترى .

قال منلا مسكين : لقائل أن يقول قد ذكر فيما تقدم أن الوكيل بشراء شئ بعينه لا يملك شراءه لنفسه ، فلا يجوز أن يكون للمشترى . ويمكن أن يجاب عنه بأن توكيل العبد بشراء نفسه يكون توكيلا بقبول الإعتاق ، وحقيقة شراء الوكيل لنفسه يكون إتيانا بجنس تصرف آخر اهـ .

الوكيل إذا خالف وأتى بجنس آخر من التصرفات نفذ عليه حموي ، وتقدم فى كلام الشارح معزيا للخلاصة والدرر أن الوكيل إذا خالف إن خلافا إلى خير فى الجنس كبع بألف فباعه بألف ومائة نفذ، ولو بمائة دينار لا ولو خيرا اهـ . واستفيد منه أن الدراهم والدنانير فى باب الوكالة جنسان (قوله إعتاق) أى معنى وإن كان شراء صورة (قوله فتلغو أحكام الشراء) فلا يبطل بالشروط الفاسدة ولا يدخله خيار الشرط (قوله صح الشراء) ولو كان شراء حقيقة لكان فاسدا لجهالة الأجل (قوله فلو شرى العبد نفسه إلى العطاء صح) أى لأنه إعتاق لا حقيقية الشراء ، إذ لو كان شراء حقيقيا لأفسده الأجل المجهول (قوله كما صح فى حصته) أى العبد . وصورته : عبد اشترى نفسه مع مشتر آخر بألف وكان مثل قيمته فصح الشراء فى حق العبد بحصته من الألف وكان البيع إعتاقا بالخمسمائة ، وحينئذ فلم يصح شراء الآخر لعدم البيع الحقيقى ، ولو قلنا بصحته للآخر لزم كون البيع مجازا عن العتق فى حق المشترى وحقيقة فى حق الآخر فيلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز وهو لا يجوز .

وفى البحر : عبد اشترى نفسه من مولاه ومعه رجل آخر بألف درهم صفقة واحدة يجوز فى حصة العبد ، وفى حصة الشريك باطل ، ولا يشبه هذا الأب إذا اشترى ولده مع رجل آخر بألف درهم فإنه يجوز العقد فى الكل اهـ .

فإن قلت : كيف صح المجاز دون الحقيقة وكان الأولى القلب . قلت لما كان هو الأرفق كان هو المعتبر (قوله ومعه رجل آخر) أى تشارك الرجل والعبد فى شراء نفس العبد صفقة واحدة كما علمت : ولو كان بيعا لم يصح لأنه ضم بيع صحيح إلى بيع باطل ، فإن شراء العبد نفسه من سيده صحيح وشراء الشريك باطل لأنه شراء مبعض لكن لما كان شراء العبد إعتاقا وهو لا يبطل بالشروط الفاسدة كما علمت صح قوله فيهما : أى فى حصة الأب والأجنبى (قوله فإنه يصح فيهما) أى فى حصة الأب والأجنبى وعتق الأب ، ولا يضمن عند الإمام لشريكه لانعدام التعدى على الشريك حاله أولا كما فى الدرر (قوله والفرق انعقاد البيع فى الثانى) أى فى شراء الأب مع الأجنبى لأن صيغة الشراء استعملت فى معناها الحقيقى فيتبعه العتق فى حصة الأب (قوله لا الأول) لأن ما وقع من العبد لم يكن صيغة تفيد الشراء فهو مجاز عن قبول الإعتاق ببدل ، لأن اعتباره بيعا حقيقة غير ممكن لأنه لا يملك فبطل شراء الأجنبى لئلا يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز وإلى هذا أشار بقوله لأن الشرع جعله الخ

جعله إعتاقا ولذا بطل فى حصة شريكه للزوم الجمع بين الحقيقة والمجاز .
(قال لعبد اشتر لى نفسك من مولاك فقال لمولاه بعنى نفسى لفلان ففعل) أى باعه على هذا الوجه (فهو للآمر) فلو وجد به عيبا ، إن علم به العبد فلا رد لأن علم الوكيل كعلم الموكل ، وإن لم يعلم فالرد للعبد اختيار (وإن لم يقل لفلان عتق) لأنه أتى بتصرف آخر فنفذ عليه وعليه الثمن فيهما لزوال حجره بعقد باشره مقترنا بإذن المولى درر .
[فرع] الوكيل إذا خالف، إن خلافا إلى خير فى الجنس كبع بألف درهم فباع بألف

(قوله جعله إعتاقا) أى فى حق العبد (قوله للزوم الجمع بين الحقيقة) وهو ثبوت الملك للمشترى والمجاز وهو الإعتاق ، وهذا جواب سؤال حاصله لماذا يجعل إعتاقا فى حق العبد ومفيدا للملك فى حق صاحبه .
وحاصله ماأشار إليه من الجواب أن ذلك لايستقيم لأنه يلزم منه استعمال اللفظ الواحد وهو الصيغة الصادرة فى معناه المجازى وهو الإعتاق ، ومعناه الحقيقى وهو ثبوت الملك لها .

والحاصل أنه يعتق على الأب نصيبه لأنه ملك ذا رحم محرم منه ، وقد حصل العتق بعد تحقق الشراء من الأب والأجنبى . وأما شراء العبد نفسه من سيده كلا أو بعضا فقد جعله الشرع إعتاقا فشراء الآخر وقع على مبعض فبطل (قوله ففعل) أشار به إلى أنه يتم بقول المولى بعت ولا يحتاج إلى قول العبد قبلت بعد قوله بعنى نفسى لأنه إعتاق فيستبد به المولى بناء على أن الواحد يتولى طرفى العقد فى العتق والنكاح . وهذا إنما يظهر لو كان وقع الشراء للعبد ، أما إذا كان الشراء للآمر فلا بد من قبول العبد لأنه بيع فلا ينعقد إلا بالإيجاب والقبول . وعلى كل من الوجهين فيكون الثمن فى ذمة العبد : أما إذا وقع الشراء له فظاهر ، وأما إذا وقع للآمر فلأنه هو المباشر للعقد فترجع الحقوق إليه فيطالب بالثمن ويرجع به هو على الآمر أفاده العينى (قوله فهو للآمر) لأن العبد يجوز توكيله فى شراء نفسه ، لأن الشراء يقع على ماليته وهو أجنبى عن نفسه من حيث المالية ، وليس للبائع حبس العبد لأخذ الثمن لأن العبد فى يد نفسه ، والمبيع إذا كان فى يد الوكيل بالشراء حاضرا فى مجلس العقد لا يكون للبائع حق حبسه لأنه بالعقد يصير مخليا بينه وبين المشترى فكان قابضا بالشراء حموى (قوله فالرد للعبد) لأن الوكيل أصل فى الحقوق والرد منها ، إذ لو كان محجورا فقد صار مأذونا بهذا العقد حيث رضى به سيده فترجع الحقوق إليه .
وفيه أن الوكيل إذا أضاف العقد إلى الموكل تتعلق الحقوق بالموكل ، وتقدم أن من جملة الحقوق الخصومة فى العيب فهى هنا تتعلق بالآمر دون العبد فتأمل (قوله وإن لم يقل لفلان) بأن قال بعنى نفسى أو أطلق بأن قال بع نفسى . أما الأول فلأنه قبول للعتق لأن بيعه من نفسه إعتاق معنى ، وإن كان بيعا لفظا فلم يقع امتثالا . وأما الثانى فلأن المطلق يصلح لذا ولذا فلا يقع امتثالا بالشك فبقى لنفسه لا بعقد البيع والشراء ط (قوله لأنه أتى بتصرف آخر) هذا جواب عما يقال المأمور بشراء معين لايملكه لنفسه . فأجاب بأن ذاك إذا لم يخالف ، وأما هنا فقد خالف لأنه أتى بصيغة توجب العتق لا الملك (قوله وعليه الثمن فيهما) أى بدل العتق فى الصورة الثانية والثمن فى الصورة الأولى لأن الحقوق ترجع إليه لما بينه بقوله لزوال حجره الخ . أما الأولى فلكونه وكيلا يرجع بما دفع على الآمر ، وأما الثانية فلكونه أصيلا (قوله لزوال حجره) جواب سؤال مذكور فى الدرر ، وهو أن العبد إذا كان محجورا عليه لاترجع الحقوق إليه . قلنا زال الحجر هنا بالعقد الذى باشره مقترنا بإذن المولى ، وهذا إنما يظهر فى المسألة الأولى ، ولله در الشارح حيث علل فى منع المسألة المتقدمة

ومائة نفذ، ولو بمائة دينار لا ولو خيرا خلاصة ودرر .

فصـــــل

لايعقد وكيل البيع والشراء والإجارة والصرف والسلم ونحوها

بلزوم الجمع بين الحقيقة والمجاز ، وقال وعليه الثمن فاستعمله فى حقيقته ومجازه ، فإن قال أردت به عموم المجاز فنقول : يمكن أن يراد فى المسألة الأولى ذلك بل الجواب الصحيح ماذكرناه من التعليل (قوله ومائة) أى من الدراهم (قوله نفذ) لأن الخيرية فى جنس الدراهم (قوله ولو بمائة دينار لا ولو خيرا) لاختلاف الجنس إذ قد يكون غرضه فى الدراهم .

قال فى الأشباه : المأمور بالشراء إذا خالف فى الجنس نفذ عليه إلا فى مسألة ، وهى الأسير المسلم فى دار الحرب إذا أمر إنسانا أن يشتريه بألف درهم فخالف فى الجنس فإنه يرجع عليه بألف اه أى بأن اشتراه بمائة دينار أو عروض جاز له أن يرجع . والفرق أن شراء الوكيل شراء حقيقة والشراء بمائة دينار أو عروض غير الشراء بألف درهم ، ومسألة الأسير ليس بشراء حقيقة بل طريق للتخليص وقد رضى بالتخليص بألف فيلزمه الألف كما قدمناه .

قال فى الخانية : رجل أمر غيره أن يبيع غلامه بمائة دينار فباعه المأمور بألف درهم ثم قال المأمور للآمر بعت الغلام فقال المولى أجزت ذلك . ذكر فى المنتقى أنه يجوز لانصراف الإجازة إلى كل بيع .

وفى المنح عن البزازية : أمره بأن يشتريه بعشرة دنانير فاشتراه بمائة درهم قيمتها مثل الدنانير لزم الموكل خلافا لزفر ومحمد ، ولو بعرض قيمتها مثل النقد لايلزم إجماعا .

وفى التهذيب كل موضع يكون خلافا فى البيع فهو موقوف على إجازة الآمر ، وفى الشراء يكون مشتريا لنفسه إلا إذا كان الوكيل صبيا أو عبدا محجورا أو مرتدا فهو موقوف .

وفى البزازية : وكله بأن يبيع عبده بألف وقيمته كذلك ثم زادت قيمته إلى ألفين لايملك بيعه بألف اه (قوله خلاصة ودرر) نقله فى الدرر عن الخلاصة ، فالأولى الاقتصار على الخلاصة ، والله تعالى أعلم ، وأستغفر الله العظيم .

فصـــــل

لايعقد وكيل البيع والشراء مع من ترد شهادته له

(قوله وكيل البيع الخ) شمل المضارب إلا إذا كان بمثل القيمة فإنه يجوز اتفاقا لأنه متصرف لنفسه من وجه ، وقيد بالوكيل لأن الوصى لو باع منهم بمثل القيمة فإنه يجوز ، وإن حابى فيه لايجوز ، وإن قل ، والمضارب كالوصى بحر .

وفى جامع الفصولين : لو باع القيم مال الوقف أو أجر ممن لاتقبل شهادته له لم يجز عند أبى حنيفة وفيه : المتولى إذا أجر دارا من ابنه البالغ أو أبيه لم يجز عند أبى حنيفة إلا بأكثر من أجر المثل كبيع الوصى ، ولو أجر من نفسه يجوز لو خيرا وإلا لا ، وقيد بوكيل العقد احترازا عن وكيل القبض ، كما لو وكل شخصا بقبض دين على أبيه أو ولده أو مكاتب لولده أو عبده فقال الوكيل قبضت الدين وهلك وكذبه الطالب فالقول قول الوكيل اه

وفى النهاية : إنه إذا باع منه بأكثر من القيمة يجوز بلا خلاف ، وبأقل بغبن فاحش لايجوز إجماعا ، وبمثل القيمة فى رواية الوكالة والبيع عنه لايجوز ورجحه فى الخانية (قوله ونحوها) كالتزويج ، فلو وكله

(مع من ترد شهادته له) للتهمة ، وجوازه بمثل القيمة إلا من عبده ومكاتبه (إلا إذا أطلق له الموكل) كبع ممن شئت (فيجوز بيعه لهم بمثل القيمة) اتفاقا (كما يجوز عقده معهم بأكثر من القيمة) اتفاقا : أى بيعه لاشراؤه بأكثر منها اتفاقا ، كما لو باع بأقل منها بغبن فاحش

بتزويج فزوجه بنته ولو كبيرة أو من لاتقبل شهادته لها لايجوز عنده خلافا لهما ، وعلى هذا فلو حذف قوله بالبيع والشراء لكان أولى (قوله مع من ترد شهادته له) أى كأصله وفرعه وسيد لعبده ومكاتبه وشريكه فيما يشتركانه لأن مواضع التهم مستثناة من الوكالات وهذا موضع التهم بدليل عدم قبول الشهادة كما فى الدرر .

وفى القنية : وكيل يبيع ممن أحب إلا من أربعة اتفاقا : عبده المأذون ومكاتبه وولده الصغير وولد مكاتبه ، وأربعة عند أبى حنيفة خلافهما : ولده الكبير وولده ووالده وزوجته ، وقيل وزوجها إن كانت امرأة ، وقيل ولد ولده الصغير ، ولا يجوز إذا مات أبوه ولم يترك وصيا اتفاقا ، وقيل مدبره المأذون . ولايجوز له البيع أو الشراء من نفسه عندهم جميعا سواء كان خيرا أو شرا للموكل أو الوكيل كما فى فتاوى قاضيخان .

قال فى البحر : وهو مفهوم من كلام المصنف بأولى ، لأنه إذا لم يملك العقد مع من ترد شهادته له فأولى أن لايملكه من نفسه ولو بمثل القيمة فى إحدى الروايتين عن الإمام ، وقيد بقوله له لأنه او عقد على من ترد شهادته للموكل كأبيه وإبنه ومكاتبه وعبده المديون جاز ، وكذا الوكيل العبد إذا باع من مولاه ، والحيلة فى جواز بيعه من نفسه أن يبيعه من آخر ثم يشتريه منه .

واعلم أن الأولوية بالنسبة لمذهب الإمام ، وأما الصاحبان فلا يمنعان الوكيل من العقد مع من ترد شهادته له إذا كان بمثل القيمة إلا من عبده ومكاتبه كما يأتى قريبا فى كلام الشارح ، بخلاف منعه من البيع من نفسه فإنهما مع الإمام فيه كما نبه عليه أبو السعود (قوله للتهمة) وهذا موضعها بدليل عدم قبول الشهادة ، ولأن المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه .

قال فى التاجية : التهمة من وهم بالفتح : أى ذهب ، يعنى يذهب الوهم إلى أنه إنما يختار هذا لنفع نفسه فيكون عاملا لنفسه والوكيل من يعمل لغيره اهـ (قوله بمثل القيمة إلا من عبده) أى لايجوز عندهما بيعه من عبده ، أى وإن أحاط الدين بماله ورقبته ، لأن مع ذلك مذهبهما بقاء ملك السيد فى ماله (قوله ومكاتبه) لأن مال المكاتب لمولاه على تقدير عجزه ، ومثله ابنه الصغير وشريكه مفاوضة . أما شريكه عنانا فيجوز عقده معه إذا لم يكن ذلك من تجارتهما ، وقيد فى المبسوط العبد بغير المديون ، أما لو كان مديونا فإنه يجوز معراج فالمستثنى حينئذ من قولها أربع (قوله كبيع ممن شئت) استدركه المقدسى بأن الوكيل بمجرد الوكالة يبيع ممن شاء فلا يجوز إلا أن ينص على بيعه من هؤلاء حتى يكون إطلاقا . ورده الحموى بأن كون الوكيل بمجرد الوكالة يبيع ممن شاء ممنوع ، فإن مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات والبيع ممن ذكر موضع تهمة ، وقيد بما ذكر من المسائل ، أما غيرها كالحوالة والإقالة والحط والإبراء والتجوز بدون حقه فيجوز عندهما ويضمن . وعند أبى يوسف لايجوز (قوله كما يجوز عقده معهم بأكثر من القيمة اتفاقا) أى عند عدم الإطلاق (قوله أى بيعه) أشار به إلى أن المصنف أطلق فى محل التقييد ، لأن قوله كما يجوز عقده يشمل البيع والشراء ، فأفاد أنه أراد بالعقد البيع لأنه حيث كان بأكثر من القيمة انتفت التهمة ، أما الشراء بأكثر منها فهو ظاهر التهمة والخيانة ، فلا يجوز اتفاقا من أبى حنيفة وصاحبيه ، كما لو باع بأقل من القيمة . ونظير البيع بأكثر من القيمة الشراء بأقل منها فيجوز اتفاقا (قوله لاشراؤه بأكثر منها) أى ممن ترد شهادته له (قوله بغبن فاحش) أى ممن ترد

لايجوز اتفاقا ، وكذا بيسير عنده خلافا لهما ابن ملك وغيره .
وفى السراج : لو صرح بهم جاز إجماعا إلا من نفسه وطفله

شهادته له (قوله لايجوز اتفاقا) وجاز مع غيره عنده (قوله وكذا بيسير عنده) أى لايجوز عنده ، لأنه حيث لم يجز العقد بمثل القيمة لم يجز بالغبن اليسير بالأولى (قوله خلافا لهما) لأنه لما جاز بمثل القيمة وكان الغبن اليسير لايمكن الاحتراز عنه لأن حقيقته مايقومه معه بعض المقومين جاز البيع معه . والنكتة فى ذكر عدم جواز البيع عنده بالغبن اليسير مع أنها معلومة من عدم جواز بيعه منهم عنده بمثل القيمة بالطريق الأولى لينبى عليه خلافهما وجواز ذلك عندهم أيضا (قوله وفى السراج لو صرح بهم جاز إجماعا) قال فيه : لو أمره بالبيع من هؤلاء فإنه يجوز إجماعا إلا أن يبيعه من نفسه أو ولده الصغير أو عبده ولادين عليه فلا يجوز قطعا وإن صرح له الموكل اه منح .

لكن فى البزازية : الوكيل بالبيع لايملك شراءه لنفسه ، لأن الواحد لايكون مشتر وبائعا فيبيعه من غيره ثم يشتريه منه ، وإن أمره الموكل أن يبيعه من نفسه أو أولاده الصغار أو ممن لاتقبل شهادته له فباع منهم جاز اه .

ولا يخفى مابينهما من المخالفة ، وذكر مثل مافى السراج فى النهاية عن المبسوط ، ومثل مافى البزازية فى الذخيرة عن الطحاوى ، حيث قال · وفى وكالة الطحاوى : لايجوز بيع الوكيل من نفسه أو ابن صغير له أو عبد له غير مديون ، وإن أمره الموكل بالبيع من هؤلاء أو أجاز له ماصنع جاز اه .

وفى النهاية عن المبسوط : او باعه الوكيل بالبيع من نفسه أو ابن صغير له لم يجز وإن صرح الموكل بذلك لأن الواحد فى باب البيع إذا باشر العقد من الجانبين يؤدى إلى تضاد الأحكام فإنه يكون مشتريا ومستقضيا قابضا ومسلما مخاصما فى العيب ومخاصما وفيه من التضاد مالا يخفى اه :

وهذا موافق لما عن السراج ، وكأن فى المسألة قولين ، خلافا لمن ادعى أنه لامخالفة بينهما . والوجه مافى النهاية إلا إذا أجاز الموكل بعد البيع فلا يرد ماذكره تأمل ، ولأن مافى البزازية من أنه يجوز لنفسه محله إذا صرح له بالعقد من نفسه فيه مافيه . فعلم مما تقدم أن قول الإمام مقيد بثلاثة قيود: أن لايطلق له كبع من شئت ، وأن لايبيعهم بأزيد من القيمة أو يشترى منهم بأقل منها ، وأن لايصرح بهم ، فى هذه الصور يجوز اتفاقا ، وما قاله فى السراج مفهوم من القيد الأول ، فإنه إذا جاز بقوله بع من شئت يجوز بالتصريح بهم بالأولى ، وعلم من تصريحه باستثناء نفسه ، وما عطف عليه بمال إذا صرح بهم أنه عند الإطلاق لايجوز بيعه من نفسه وما عطف عليه ، وكذلك بالأكثر من القيمة (قوله إلا من نفسه وطفله) فلايجوز سواء كان شراؤه من نفسه لنفسه أو لطفله أو لموكله لأنه يصير متوليا طرفى العقد قابلا ومجيبا والواحد لايتولى طرفى العقد ، فقوله من نفسه يغنى عن قوله وطفله لأن الطفل يعقد له أبوه ، وإنما نص عليه لأنه إذا كان يعقل البيع والشراء يجوز أن يعقد بنفسه لإذن وليه ، فدفع توهم أن يجوز بيعه له لأنه إنما يستفيد الإذن من أبيه فكان الأب هو العاقد فلا يصح وإن قال له بعه من طفلك .

وعبارة المنح عن السراج : أو ولده الصغير بدل طفله ، والمراد بهما واحد فلذا عبر الشارح بلفظ الطفل لأن مرادهم من الطفل والصغير ما كان دون البلوغ .

قال فى المنح فى باب النفقة : وقيد بالطفل وهو الصبى حين يسقط من البطن إلى أن يحتلم . وقال الراغب

وعبده غير المديون .

(وصح بيعه بما قل أو كثر وبالعرض)

فى المفردات : الطفل الولد مادام ناعما اه . والذى يدل على بقاء إسم الطفل إلى البلوغ قوله تعالى — وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم - (قوله وعبده غير المديون) أما المديون الذى أحاط الدين بماله ورقبته لا يملك سيده ماف يده عند أبى حنيفة فجاز بيعه من حيث صرح به الموكل أما إذا لم يصرح فينبغى أن لا يجوز لأنه إذا لم يجز بيعه من المكاتب حيث كان لسيده حق فى كسبه وحقيقة بعد العجز ، فالمديون كذلك لاحتمال وفاء الدين وظهور ملكه فى كسبه فليراجع .

قال الحجندى : جملة من يتصرف بالتسليط حكمهم على خمسة أوجه .

منهم : من يجوّز بيعه وشراؤه بالمعروف وهو الأب والجد والوصى ، وقدر مايتغابن يجعل عفوا .

ومنهم : من يجوز بيعه وشراؤه على المعروف وعلى خلافه وهو المكاتب والمأذون عند أبى حنيفة ، يجوز لهم أن يبيعوا مايساوى ألفا بدرهم ويشتروا مايساوى درهما بألف . وعندهما لا يجوز إلا على المعروف . وأما الحر البالغ العاقل يجوز بيعه كيفما كان ، وكذا شراؤه إجماعا .

ومنهم : من يجوّز بيعه كيفما كان ، وكذا شراؤه على المعروف ، وهو المضارب وشريك العنان والمفاوضة والوكيل بالبيع المطلق ، يجوز بيع هؤلاء عند أبى حنيفة بما عز وهان ، وعندهما لا يجوز إلا بالمعروف . وأما شراؤهم فلا يجوز إلا على المعروف إجماعا ، فإن اشتروا بخلاف المعروف والعادة أو بغير النقود نفذ شراؤهم على أنفسهم وضمنوا مانقدوا فيه من مال غيرهم إجماعا .

ومنهم : من لا يجعل قدر ما يتغابن فيه عفوا ، وهو المريض : إذا باع فى مرض موته وحابى فيه قليلا وعليه دين مستغرق فإنه لا يجوز محاباته وإن قلت ، والمشترى بالخيار إن شاء وفى الثمن إلى تمام القيمة ، وإن شاء فسخ . وأما وصيه بعد موته إذا باع تركته لقضاء ديونه وحابى فيه قدر مايتغابن فيه صح بيعه ويجعل عفوا ، وكذا لو باع ماله من بعض ورثته وحابى فيه ، وإن قلّ لا يجوز البيع على قول أبى حنيفة ، وإن كان أكثر من قيمته حتى تجيز سائر ورثته وليس عليه دين ، ولو باع الوصى ممن لا تجوز شهادته له وحابى فيه قليلا لا يجوز وكذا المضارب .

ومنهم : من لا يجوز بيعه وشراؤه مالم يكن خيرا وهو الوصى إذا باع ماله من اليتيم أو اشترى : فعند محمد لا يجوز بحال وعندهما إن خيرا فخير وإلا لم يجز اه .

مطلب تفسير الخيرية

قلت : وفى وصايا الخانية : فسر السرخسى الخيرية بما إذا اشترى الوصى لنفسه مالى اليتيم مايساوى عشرة بخمسة عشر أو باع مال نفسه من اليتيم مايساوى عشرة بثمانية ، وذكر ماقدمناه فى منية المفتى بعبارة أخصر مما قد قدمناه (قوله بما قل أو كثر) ولو بغبن فاحش عنده لأن التوكيل مطلق فيجرى على إطلاقه ، وقد يمل الإنسان من الشىء فيتجاوز فيه بغبن ط ، وكذا التوكيل بالإجارة . ومن المشايخ من قال قولهما كقول أبى حنيفة فى الإجارة كما فى الذخيرة .

وفى الهندية : والوكيل إذا أخر الثمن وأبرأ المشترى منه أو قبل الحوالة أو اقتضى الزيوف وتجوّز به جاز وضمن الثمن للآمر ، وهو قول الإمام . وأجمعوا أن الثمن لو دينا مقبوضا أو عينا فوهبه للمشترى لا يصح .

وخصاه بالقيمة وبالنقود وبه يفتى بزازية . ولا يجوز فى الصرف كدينار بدرهم بغبن فاحش إجماعا لأنه بيع من وجه شراء من وجه صيرفية (و) صح (بالنسيئة إن) التوكيل (بالبيع) للتجارة (وإن) كان (للحاجة لا) يجوز (كالمرأة إذا دفعت غزلا إلى رجل ليبيعه لها ويتعين النقد) به يفتى خلاصة ، وكذا فى كل موضع قامت الدلالة على الحاجة كما أفاده المصنف، وهذا أيضا إن باع بما يبيع الناس نسيئة ، فإن طوّل المدة لم يجز به يفتى

أقول : وكذا وكيل المرأة او زوجها بأقل من مهر مثلها بزازية أى فإنه يصح بما قل أو كثر (قوله وخصاه الخ) لأن التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها ، والمتعارف البيع بمثل الثمن وبالنقود فلا يجوز عندهما بيعه بنقصان لايتغابن الناس فيه ، ولا يجوز إلا بالدراهم والدنانير حالة أو إلى أجل متعارف ، لأن مطلق الأمر يتقيد بالمتعارف ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم والجمد بسكون الميم: هو ماجمد من الماء والأضحية بزمان الحاجة ؛ فى الفحم بالشتاء والجمد بالصيف ، وفى الأضحية بزمانها ولأن البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه، وكذا المقايضة بيع من وجه شراء من وجه فلا يتناوله مطلق اسم البيع .

وفى الخلاصة الوكيل بالطلاق والعتاق على مال على الخلاف : ومحل الخلاع عند عدم التقييد من الآمر فإن عين شيئا تعين اه (قوله وبه يفتى) قال العلامة قاسم فى تصحيحه على القدورى : ورجح دليل الإمام ، وهو المعول عليه عند النسفى ، وهو أصح الأقاويل ، والاختيار عند المحبوبى ، ووافقه الموصلى وصدر الشريعة اه رملى ، وعليه أصحاب المتون الموضوعة لنقل المذهب بما هو ظاهر الرواية ، خصوصاوقد قالوا : يفتى بقول أبى حنيفة على الإطلاق خصوصا مع ظهور وجهه فإنه أطلق له البيع وهوصادق على ذلك كله ،وقد يكون مقصودا للبائع فى بعض الأحياء كما لو مل من السلعة أو اضطر إلى الثمن أو نحو ذلك ، حتى لو قامت قرينة على أمر عمل بها كما هو مذهب الإمام (قوله كدينار بدرهم) أما إذا اتحد الجنس فلا يجوز ولو بغبن يسير للربا (قوله لأنه بيع من وجه شراء من وجه) والوكيل بالشراء لا يجوز له بالغبن الفاحش اتفاقا (قوله وصح بالنسيئة) أى المتعارفة لا إن طول المده عند الإمام بحر (قوله كالمرأة إذا دفعت غزلا الخ) لأن بيع المرأة للحاجه إلى النفقة عادة فلا ينفعها النسيئة ولا البيع بالعرض للقرينة ، ولذا لو قال له أنى أخشى أن أغبن فى بيع هذه السلعة فأريد أن تبيعها برأيك صيانة لمالى عن الضياع فليس له أن يبيعها بالغبن حينئذ كما أفاده المصنف (قوله كما أفاده المصنف) حيث قال : استفتيت فى غاز يريد الجهاد فوكل إنسانا أن يبيع له غلامه فباعه بالنسيئة مع قيام دلالة حاله أنه يريد الاستعانة بالثمن على سفرة فاتيت بعدم جواز البيع بالنسيئة لوجود الدلالة الظاهرة على إرادة خلافه ويقال مثله لو باعها بالسلعة (قوله وهذا أيضا) أى قول الإمام بجواز البيع بالنسيئة أى وإنما قال الإمام يجوز البيع بالنسيئة إن باع الخ (قوله لم يجزبه يفتى) أشار بذلك إلى أن هناك من تقبل عن الإمام جواز النسيئه مطلقا قال فى البحر ، أطلق فى جواز بيعه نسيئه وهو مقيد بما إذا كان للتجارة فإن كان للحاجة لايجوز اه . وفى المواهب وتأجيله ثمن التجارة جائز وإن طال وقيداه بالمتعارف اه وبه تعلم أن الشرط الذى ذكره المصنف قول أبى يوسف وما ذكر الشارح قولهما .

والحاصل أن الوكيل بالبيع يجوز بيعه بالنسيئه عند أبى حنيفة مطلقا لأنه وكله ببيع مطلق وهذا مطلق فينفذ عليه كيفما كان . وعند أبى يوسف مقيد بقيدين : أن يكون البيع للتجارة وأن يكون الأجل متعارفا . قال فى المنيه : الوكيل بالبيع المطلق باع بثمن مؤجل جاز وإن طالت المده ، قيل على قول الإمام . وعندهما جاز بأجل متعارف فى تلك السلعة وبدونه لا . وعن أبى يوسف : إن وكله ببيعه للتجارة جاز بالنسيئة ، وإن

ابن ملك ؛ ومتى عين الآمر شيئا تعين إلا فى بعه بالنسيئة بألف فباع بالنقد بألف جاز بحر.
قلت : وقدمنا أنه إن خالف إلى خير فى ذلك الجنس جاز وإلا لا

وكله به لحاجة إلى النفقة أو قضاء الدين لا (قوله ومتى عين الآمر شيئا تعين) قال فى المحيط : الموكل متى شرط فى البيع على الوكيل شرطا ينظر ، إن كان مفيدا نافعا من كل وجه يجب على الوكيل مراعاته شرطه أكد بالنفى أولا ، وإن كان شرطا لايفيد ولا ينفعه بل يضره لايجب مراعاته ، وإن أكده بالنفى وإن كان شرطا مفيدا نافعا من وجه ضارا من وجه إن أكده بالنفى يجب مراعاته ، وإن لم يؤكده بالنفى لا يجب مراعاته لأنه متى أكده بالنفى دل على إرادة وجوده ، لأن إدخال حرف التأكيدا والتأبيد فى الكلام يدل على زيادة المبالغة فى إرادة الحال .

مثال الأول : بعه بخيار فباعه بغير خيار لا يجوز ، فإن شرط الخيار نافع مفيد من كل وجه لأنه لا يزيل ملكه للحال فيجب على الوكيل مراعاته .

ومثال الثانى : لو قال بع هذا العبد بنسيئة أو قال لا تبع إلا بالنسيئة فباع بالنقد جاز لأن هذا شرط غير مفيد ، لأن البيع بالنسيئة يضره بالنقد وينفعه فلم يجب عليه مراعاته .

ومثال الثالث : ادفع بشهود أو بحضرة فلان فدفع بغير ذلك لم يضمن ، وإن قال لا تدفع إلا بشهود أو بحضرة فلان فقضاه بغير شهود أو بغير حضرة فلان يضمن كما فى الوكيل بالبيع . قالوا : هذا إذا كان رجلا رفيع القدر تحتشم الناس مخالفته ، وإن كان وضيع القدر لا يصير مخالفا لأنه شرط شرطا لا يفيد فلا يجب على المأمور مراعاته ، وإن أكده بالنفى كما لو قال لا تبع إلا بألف أولا تبع إلا بالنسيئة فباع بألفين أو بالنقد جاز لأنه غير مفيد أصلا ، ومنه لا تبعه فى سوق كذا فباعه فى غيره نفذ ، لا تبعه إلا فى سوق كذا لا ينفذ : أى عند التفاوت لتفاوت الرغبات اهـ ومثله فى الحواشى الحمويه وقدمنا نظيره عند قوله وباستيفائها فراجعه .

أقول لم يظهر لى التمثيل فى الثانى بقوله بع هذا العبد نسيئه الخ لأنه نافع من وجه دون وجه . لأنه بالنسيئة يزيد الثمن فإذا باعه نقدا فاتت زيادة الثمن إلا أن يقال إذا اتحد الثمن فى النسيئة والنقد تأمل (قوله إلا فى بعه بالنسيئة بألف) قيد ببيان الثمن ، لأنه لو لم يعين وباع بالنقد لايجوز كما بينه فى البحر . وأما لو قال بعه إلى أجل من غير تعيين الثمن فباع بالنقد قال الإمام السرخسى الأصح أنه لا يجوز بالإجماع اهـ . قال البحر : ولا مخالفة بين الفرعين لأن ما تقدم عين له ثمنا وهذه لم يعينه اهـ .

أقول : لعل وجه عدم الجواز فيما إذا لم يعين الثمن أن البيع نسيئه يكون بثمن أزيد من ثمن المبيع بالنقد فيكون مزادة البيع بالثمن الزائد ، لأنه قد يكون الثمن الزائد فى المآل أنفع له من الثمن الأقل فى الحال لعدم احتياجه إليه الآن ، وهذا بخلاف المسألة الأولى ، لأنه قد باعه بالنقد بالثمن الذى أمره ببيعه به بالنسيئة فقد حصل له الثمن الزائد فى الحال مع أنه دفع عنه عرضه الهلاك بإفلاس المشترى أو حجوده وبهذا اتضح وجه عدم المخالفة وقدمنا عن المحيط قريبا ، وكذا أول الباب عند قول المصنف وبإفائها واستيفائها أن الشرط تارة يجب اعتباره مطلقا وتارة لا يجب مطلقا وتارة يجب إن قيده بالنفى فلا تغفل . ثم إن الفرع الثانى إنما يظهر إذا باع بالنقد ولم يكن ما باع به مثل ما يباع بلا نقد ، أما لو كان فلا يظهر بين الفرعين فرق .

ثم رأيت فى الذخيره : وإذا وكله بالبيع نسيئه فباعه بالنقد ، إن باع بالنقد بما يباع بالنسيئة جاز ومالا فلا (قوله فباع بالنقد بألف جاز) لأنه وإن صار مخالفا إلا أنه إلى خير من كل وجه كما علمت (قوله فى ذلك الجنس جاز وإلا لا) أى فلو باع بدنانير تساوى ألفا بالنقد لا يجوز وإن كان خلافا إلى خير لاختلاف الجنس

وأنها تتقيد بزمان ومكان ، لكن فى البزازية : الوكيل إلى عشرة أيام وكيل فى العشرة وبعدها فى الأصح وكذا الكفيل ، لكنه لايطالب إلا بعد الأجل كما فى تنوير البصائر .

وفى زواهر الجواهر : قال بعه بشهود أو برأى فلان أو علمه أو معرفته وباع بدونهم جاز ، بخلاف لاتبع إلا بشهود أو إلا بمحضر فلان به يفتى .

(قوله وإنها) بكسر الهمزة لأنها مقول قلت معطوفة على وقدمنا لعدم تقدم هذه المسئلة فى كتاب الوكالة وكأنه قال قلت وتتقيد الخ لا بالفتح معطوفة على قوله إن خالف الخ لأنها حنئذ تكون معموله لقدمنا ، والواقع أنه لم يقدمه كما ذكرناح بزيادة (قوله تتقيد بزمان) كأن يقول له بعه يوم الجمعة أو فى شهر كذا أوزمن الصيف، فلو قال بعه غدا لم يجز بيعه اليوم ، وكذا الطلاق والعتاق ، وبالعكس فيه روايتان والصحيح أنه كالأول .

قال فى الخانية : قال لغير بع عبدى غدا فباعه اليوم لايجوز لأن التوكيل مضافا إلى غد فلا يكون قبله ، ولو قال بع عبدى اليوم واشتر اليوم ففعل غدا فيه روايتان ، قيل الصحيح أنها لا تبقى بعد اليوم ، وقيل تبقى وذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت ، ولو وكل رجلا ببيع العبد وعتقه غدا ففعل بعد غد جاز قولا واحدا ، بخلاف ما إذا كان اليوم ففيه خلاف . والصحيح أن ذكر اليوم للتوقيت فلينظر الفرق أفاده الحموى (قوله ومكان) بأن يقول له بعه فى سوق كذا أو فى بلد كذا ، فلو خالفه لم يجز . وهذا عند التفاوت كما ذكرنا ، وليس منه قوله بعه إلى وقت كذا الآن ذلك تهوين عليه وعدم التضييق فى البيع لامنعا له بعد المدة، كما لوقال له أنا كفيله إلى ثلاثة أيام فهو لتأجيل المطالبة لا الكفالة حتى يكون كفيلا قبلها وبعدها كما تقدم (قوله لكن فى البزازية) استدراك على تقييدها بزمان . والأولى عدم ذكر هذه العبارة وعدم قوله ومتى عين الآمر الخ استغناء عنهما بما فى الزواهر (قوله وبعدها فى الأصح) ويحمل التقييد بالزمان على إرادة التسهيل على الوكيل وللموكل عزله متى شاء فلا ضرر عليه فى ثبوت وكالته بعدها .

قال فى الخانية : دفع الوصى المال إلى رجل ليحج عن الميت فى هذه السنة فأخذ وأحرم بالحج من قابل جاز عن الميت ولا يكون ضامنا مال الميت لأن ذكر السنة يكون للاستعجال دون التقييد ، كما لو وكل رجلا بأن يعتق عبده أويبيعه غدا فأعتق أوباع بعد الغد جازاها أى ويكون ذكر الغد للاستعجال لاللتوقيت قولا واحدا، ولو قال بع أو اشتر أو عتق اليوم ففعل ذلك غدا فيه روايتان ، والصحيح أنها لا تبقى بعد اليوم كما قدمناه قريبا . وقال بعضهم تبقى إلا أن يدل الدليل على خلافه (قوله وكذا الكفيل) أى بالنفس كما تقدم (قوله لكنه لا يطالب إلا بعد الأجل) فإن قلت : ما فائدة كونه كفيلا قبل الأجل . قلت : فائدته إنه إذا سلمه قبل الأجل برئ كما تقدم هناك ح ،فلو قال كفلته إلى ثلاث أيام كان كفيلا بعد الثلاثة ،كما لوقال لامرأته أنت طالق إلى ثلاثة أيام يقع الطلاق بعدها أو باع عبدا بكذا إلى ثلاثة أيام يصير مطالبا بعدها . قال الحلوانى : وهذا على خلاف ما يظنه الناس ، وهذا إذا لم يذكر الغاية الأولى ، فلو قال أنا كفيل من هذا اليوم إلا عشرة أيام كان كافلا حالا إلى انتهائة وانتهت الكفالة فى قولهم (قوله بعه بشهود الخ) لأنه يحتمل المشورة والإرشاد ، ويحتمل التقييد فلا يصير تقييدا بالشك. بخلاف لا تبع إلا بشهود فإنه نص فى التقييد (قوله وباع بدونهم جاز) الذى فى المقدسى عن الخانية : بعه بشهود أو رهن أو بعه وخذ كفيلا أو رهنا فباع بغير شهود أوكفيل أورهن لم يجز (قوله بخلاف لا تبع إلا بشهود أو إلا بمحضر فلان) فإنه نص فى التقييد به ، وجملة الأمر أن كل ماقيد به

قلت : وبه علم حكم واقعة الفتوى: دفع له مالا وقال اشتر لى زيتا بمعرفة فلان فذهب واشترى بلامعرفته فهلك الزيت لم يضمن بخلاف لاتشتر إلا بمعرفة فلان فليحفظ (و) صح (أخذه رهنا وكفيلا بالثمن فلا ضمان عليه إن ضاع) الرهن (فى يده أو توى) المال (على الكفيل)

الموكل ، إن مفيدا من كل وجه يلزم رعايته إلى آخر ما تقدم (قوله قلت وبه علم الخ) جعل ذلك قاعدة كلية استنبط منها حكم الواقعة وليس بكلى .

فنى الهندية عن المحيط : إذا أمر أن يبيع برهن أو بكفيل فباع من غير رهن ومن غير كفيل لم يجز أكده بالنفى أو لم يؤكده إلا أنه فيما ذكره الشرط دائر بين الإفادة وعدمها ، وما فى الهندية مفيد محض (قوله واقعة الفتوى) المسألة مصرح بها فى وصايا الخانية ، لكن بلفظ بمحضر فلان والحكم فيها ماذكره هنا (قوله لم يضمن) لأنه لم يكن مخالفا أى وقد اشتراه بغير غبن فاحش ولا عيب وإلا فلا يمضى على الموكل (قوله بخلاف لاتشتر إلا بمعرفة فلان) فإنه يضمن بانفراده لأن فلانا قد يكون أعرف بالطيب من الزيف والردىء وبالأسعار فهو مفيد من وجه (قوله وصح أخذه) أى الوكيل (قوله رهنا وكفيلا بالثمن) أى لأن العقد فى حق الحقوق وقع له لأنه أصيل فى الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثقا به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكهما ، بخلاف الوكيل بقبض الدين لأنه يفعل نيابة ، وقد أنابه فى قبض الدين دون الكفالة وأخذ الرهن ، والوكيل بالبيع يقبض أصالة ، ولهذا لو حجره الموكل عن أخذ الرهن والكفيل عن تسليم المبيع قبل القبض لاينفذ حجره ، ولو هلك الرهن فى يده حتى سقط الثمن عن المشترى يظهر السقوط فى حق الموكل كذا فى شرح الجامع الصغير للتمرتاشى ، ومثله فى الهداية ، وهو مخالف لما فى الخلاصة والبزازية من أن الوكيل بقبض الدين له أخذ الكفيل فيحمل كلام الهداية على أخذ الكفيل بشرط براءة الأصيل فإنها حينئذ حوالة وهو لايملكها ، لما فى البزازية : ولو أخذ به كفيلا بشرط البراءة فهو حوالة لايجوز للوكيل بقبض الدين قبولها اه .

ومن هنا قال صاحب النهاية : المراد بالكفالة هنا الحوالة لأن التوى لايتحقق فى الكفالة ، وقيل الكفالة على حقيقتها لأن التوى يتحقق فيها بأن مات الكفيل والمكفول عنه مفلسين . قال الزيلعى : أخذا من الكافى وهذا كله ليس بشىء ، لأن المراد هنا توى مضاف إلى أخذه الكفيل بحيث إنه لو لم يأخذ كفيلا لم يتو دينه كما فى الرهن ، والتوى الذى ذكره هنا غير مضاف إلى أخذه الكفيل بدليل أنه لو لم يأخذ كفيلا أيضا لتوى بموت من عليه الدين ، وحمله على الحوالة فاسد لأن الدين لايتوى فيه بموت المحال عليه مفلسا بل يرجع به على المحيل ، وإنما يتوى بموتهما مفلسين فصار كالكفالة . والأوجه أن يقال المراد بالتوى توى مضاف إلى أخذ الكفيل وذلك يحصل بالمرافعة إلى حاكم يرى براءة الأصيل كما يأتى بيانه . قال فى نور العين : وكيل البيع لو أقال أو احتال أو أبرأ أو حط أو وهب أو تجوز صح عند أبى حنيفة ومحمد ، وضمن لموكله لاعند أبى يوسف ، والوكيل لو قبض الثمن لايملك الإقالة إجماعا اه . قلت : وكذا بعد قبض الثمن لايملك الحط والإبراء بزازية (قوله فلا ضمان عليه إن ضاع) أى فلا ضمان على الوكيل للموكل فيما هلك من الثمن لهلاك الرهن . وفى الدراية وأخذه الرهن يقع للموكل فلو رده الوكيل جاز ويضمن للموكل الأقل من قيمته ومن الدين عند أبى حنيفة . وقال أبو يوسف : لايصح رده . وفى البزازية : ولا يملك الوكيل بقبض الدين الرهن ويملك أخذ الكفيل (قوله أو توى المال على الكفيل) وصورة التوى وكله ببيع شىء فباعه وأخذ بالثمن كفيلا وعجز عن التحصيل من الكفيل وامتنع الأصيل من إعطائه متعللا بأنه حيث كفل المال الذى عليه برىء منه ورافعه إلى قاض يرى ذلك وحكم عليه ببراءة الأصيل حيث كفل وعجز عن تحصيله من الكفيل لايضمن لموكله بحر .

لأن الجواز الشرعى ينافى الضمان (وتقيد شراؤه بمثل القيمة وغبن يسير) وهو مايقوم به مقوم ، وهذا (إذا لم يكن سعره معروفا ، وإن كان) سعره (معروفا) بين الناس (كخبز ولحم) وموز وجبن (لاينفذ على الموكل

أقول: والقاضى الذى يرى ذلك هو من كان على مذهب سيدنا الإمام مالك فإنه يرى براءة الأصيل عن الدين بالكفالة ، ولا يرى الرجوع على الأصيل بموته مفلسا (قوله لأن الجواز الشرعى ينافى الضمان) أى مايسوغ له فعله فى الوكالة لإصلاحها ، ونفع موكله لايكون سببا لضمانه لامطلق الجواز الشرعى فلا ينافى قولهم إن من جاز له شىء لمصلحته يتقيد بوصف السلامة ، حتى لو وقع ثوبه على أحد فى الطريق فقتله أو على شىء فأتلفه لزمه ضمانه ولو ضرب زوجته فماتت ضمنها (قوله وتقيد شراؤه بمثل القيمة) المراد به أن يشترى بنقد مثل القيمة فلا ينفذ بغير النقدين كمكيل وموزون ودين فى الذمة ، قيد بالشراء لأن الوكيل بالنكاح إذا زوّجه بأكثر من مهر مثلها فإنه يجوز لعدم التهمة كما فى الحموى، ولأن التهمة فى الأكثر متحققة فلعله اشتراه لنفسه فإذا لم يوافقه ألحقه بغيره على مامر ، وأطلقه فشمل ماإذا كان وكيلا بشراء معين فإنه وإن كان لايملك شراءه لنفسه فبالمخالفة يكون مشتريا لنفسه فالتهمة باقية كما فى الزيلعى . وفى الهداية قالوا : ينفذ على الآمر ، وذكر فى البناية أنه قول عامة المشايخ والأول قول البعض . وفى الذخيرة أنه لانص فيه بحر ملخصا .

أقول : فظهر أن ماجرى عليه الزيلعى من أن الوكيل بشراء شىء بعينه لايكون له أن يشتريه للموكل بالغبن الفاحش وإن كان لا يملك شراءه لنفسه لأنه بالمخالفة فيه يكون مشتريا لنفسه فكانت التهمة فيه باقية اه خلاف ما عليه العامة ، والظاهر أن المراد بالمخالفة مخالفة ما هو المتعارف فى ثمنه وإلا فالكلام مفروض فيما إذا لم يقدّر الآمر ثمنه (قوله وغبن يسير) الواو بمعنى أو . قال فى القاموس : غبنه فى البيع يغبنه غبنا ويحرك خدعه : والتغابن : أن يغبن بعضهم بعضا اه فالمراد بالتغابن الخداع ، فقولهم لايتغابن الناس فيه أى لايخدع بعضهم بعضا لفحشه وظهوره ، وقولهم يتغابن الناس فيه أى يخدع بعضهم بعضا لقلته اه بحر بتصرف ط .

مطلب فى حد الفاحش

(قوله وهو ما يقوم به مقوّم) أى ما يدخل تحت تقويم أحد من المقومين وهو الأصح ، أما مالا يدخل تحت تقويمهم فغبن فاحش ، وقيل حد الفاحش فى العروض نصف القيمة ، وفى الحيوان عشر القيمة ، وفى العقار خمسها ، وفى الدراهم ربع عشرها . قال مسكين : فلو قوّمه عدل عشرة وعدل آخر ثمانية وآخر سبعة فما بين العشرة والسبعة داخل تحت تقويم المقومين . أما الزائد فى الشراء والناقص فى البيع فلا وهذا هو الأصح فى حد الغبن اليسير والفاحش أى فلا يكون مما يتغابن فيه وهذا إنما يتم فى البيع على قولهما لا على قوله .

وأقول : هذا لبيان الحد الفاصل بين الغبن اليسير والفاحش وهو متفق عليه لاخلاف للإمام فيه سواء كان وكيلا بالشراء وبالبيع ، وأما أن الوكيل فى البيع هل يملك البيع على الآمر ولو بالغبن الفاحش ؟ فعند الإمام نعم خلافا لهما فهذا شىء آخر ليس مما الكلام الآن فيه ، وقيل فى العروض ده نيم : أى نصف العشر ، وفى الحيوانات ده يازده : أى العشر ، وفى العقار ده دوازده : أى الخمس ، وفيما يتغابن فيه من الدراهم والدنانير مع العشر ، ووجهه أن التصرف يكثر وجوده فى العروض ويقل فى العقار ويتوسط فى الحيوان وكثرة الغبن لقلة التصرف ، وجعل الزيلعى نصف العشر فى العروض فاحشا اه بزيادة (قوله كخبز ولحم) هذا باعتبار الغالب من أن هذه الأشياء سعرها معروف ، فلوكان فى مكان وزمان يختلف السعر فى هذه الأشياء كانت كغيرها (قوله وجبن) هو بسكون الباء فى لغة وبضمها مع تخفيف النون أو بالضم مع تشديد النون مختار

وإن قلت الزيادة) ولو فلسا واحدا به يفتى بحر وبناية .

(وكله ببيع عبد فباع نصفه صح) لإطلاق التوكيل . وقالا : إن باع الباقى قبل الخصومة جاز وإلا لا ، وقولهما استحسان ملتقى وهداية ، وظاهره ترجيح قولهما ، والمفتى به خلافه بحر . وقيد ابن الكمال الخلاف بما يتعب بالشركة وإلا جاز اتفاقا فليراجع (وفى الشراء يتوقف على شراء باقيه قبل الخصومة)

(قوله ولو فلسا واحدا) لأنه لما كان معلوما بين الناس صار بمنزلة المعين منه فلايقبل الزيادة به (قوله وبناية) هى شرح الهداية (قوله صح) أى عند أبى حنيفة (قوله لإطلاق التوكيل) أى إطلاقه عن قيد الاجتماع والافتراق كما لو وكله ببيع مكيل ونحوه ألا ترى أنه لو باع الكل بثمن النصف يجوز عنده ، فإذا باع النصف أولى (قوله وإلا لا) لضرر الشركة وهى عيب تنقص القيمة فلا يراد بالمطلق (قوله وقولهما استحسان) قال الإتقانى: وأصل ذلك أن أبا حنيفة يعتبر العموم والإطلاق فى التوكيل بالبيع . وأما فى التوكيل بالشراء فيعتبر المتعارف الذى لا ضرر فيه ولا تهمة . وعندهما كلاهما سواء اه .

قال المقدسى : وفيه كلام ،وهو أن الظاهر أن المراد أن قول أبى حنيفة قياس بالنسبة إلى قولهما وقولهما استحسان بالنسبة إليه ، وليس كذلك بل قياس قولهما أنه لاينفذ أصلا واستحسنا القول بالتوقف وكذا فى قول أبى حنيفة فتأمل اه .

وفيه أيضا عن المبسوط : لو وكل رجلين ببيع عبده فباع كل منهما لرجل فمن باع أولا جاز وبطل الثانى بخلاف الوصيين كما سيجىء ، وإن لم يعلم الأول فلكل مشتر نصفه بنصف الثمن لأنه ليس أولى واستوى المشتريان ويخير كل منهما لتفرق الصفقة ، ولا ترجيح إلا إذا كان فى يد أحد المشتريين فهو له لترجيح جانبه لتأكد شرائه وتمكنه من القبض دليل سبق شرائه اه (قوله وظاهره ترجيح قولهما) أى لأنه جعله استحسانا . قال فى البحر : ولذا أخره مع دليله كما هو عادته (قوله والمفتى به خلافه بحر) الذى فى البحر : وقد علمت أن المفتى به خلاف قوله كما قدمناه اه أى خلاف قوله فيما استشهد به .

قلت : وقد علمت ما قدمناه عن العلامة قاسم من ترجيح قوله وعليه المعول وأنه أصح الأقاويل (قوله وقيد ابن الكمال الخ) ومثله فى البحر عن المعراج . ونقل الاتفاق أيضا فى الكفاية عن الإيضاح (قوله وفى الشراء يتوقف على شراء باقيه قبل الخصومة) يعنى لو وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف اتفاقا ؛ فإن اشترى باقيه لزم الموكل وارتفع التوقف لأن شراء البعض قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن كان موروثا بين جماعة فيحتاج إلى شرائه شقصا شقصا فإذا اشترى الباقى قبل رد الآمر الشراء تبين أنه وسيلة فينفذ على الآمر وهذا بالاتفاق بحر .

قال الحموى : وهذا بالإجماع ، بخلاف الوكيل ببيع العبد عند أبى حنيفة للفرق الآتى بيانه ، وهذا إذا شرى الوكيل النصفين ، فلو شرى النصف ثم شرى الموكل النصف لم ينفذ على الآمر بخلاف عكسه اه .

واعلم أن ما اعترض به العينى على الزيلعى حيث قال : فإن اشترى باقيه قبل أن يختصما لزم الموكل وإلا لزم الوكيل وهذا بالإجماع قاله الشارح .

قلت : فيه خلاف زفر والثلاثة الخ ساقط ، لأن كلام الزيلعى فيما إذا كان وكيلا بالشراء فاشترى نصفه ثم اشترى الباقى فلا يرد على دعوى الإجماع ما اعترض به العيني ، لأن خلاف زفر والثلاثة بالنسبة لما إذا كان وكيلا بالبيع فباع نصفه ثم باع الباقى .

اتفاقا .

(ولو رد مبيع بعيب على وكيله) بالبيع (ببينة أو نكوله أو إقراره فيما لا يحدث) مثله فى هذه المدة

ولئن سلمنا كون خلاف زفر والثلاثة فى مسألة التوكيل بالشراء فنقول : أراد بالإجماع إجماع الإمام مع الصاحبين كما يدل عليه قوله بخلاف الوكيل ببيع العبد عند أبى حنيفة الخ أفاده أبو السعود قال الزيلعى : ولافرق فيه بين التوكيل بشراء عبد بعينه أو بغير عينه اه .

وفيه : لا يقال إنه لا يتوقف بل ينفذ على المشترى . لأنا نقول : إنما لا يتوقف إذا وجد نفاذا على العاقد وههنا شراء النصف لا ينفذ على الوكيل لعدم مخالفته من كل وجه ، ولا على الآمر لأنه لم يوافق أمره من كل وجه فقلنا بالتوقف ، فلو أعتقه الآمر زمن التوقف نفذ عند أبى يوسف لا المأمور ، وعكس محمد لأنه مخالف لما أمره وتوقفه لتوهم رفع الخلاف بشراء الباقى فبقى الخلاف قبل الشراء فلا ينفذ على الآمر ، وأبو يوسف يقول توقف على إجازة الموكل والإعتاق إجازة اه (قوله اتفاقا) الفرق لأبى حنيفة رحمه الله تعالى بين البيع والشراء إن فى الشراء تتحقق تهمة أنه اشتراه لنفسه فرأى الصفقة خاسرة فأراد أن يلزم به الموكل ولأن الأمر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه الإطلاق والأمر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح فلايعتبر فيه التقييد والإطلاق كما فى الهداية (قوله ولو رد مبيع) أطلقه فشمل ما إذا قبض الثمن أولا ، وأشار إلى أن الخصومة مع الوكيل فلا دعوى للمشترى على الموكل ، فلو أقر الموكل بعيب فيه وأنكره الوكيل لايلزمهما شىء لأن الموكل أجنبى فى الحقوق ، ولو بالعكس رده المشترى على الوكيل لأن إقراره صحيح فى حق نفسه لا الموكل بزازية ، ولم يذكر الرجوع بالثمن . وحكمه أنه على الوكيل إن كان نقده ، وعلى الموكل إن كان نقده كما فى شرح الطحاوى وإن نقده إلى الوكيل ثم هو إلى الموكل ثم وجد الشارى عيبا أفتى القاضى أنه يرده على الوكيل كذا فى البزازية (قوله بعيب) قيد به لأنه لو رد عليه بخيار شرط أو رؤية فهو على الآمر ، ولو من غير قضاء كرده عليه بعيب بغير قضاء قبل القبض فإنه جائز على الآمر (قوله بالبيع) قيد به لأن الوكيل بالإجارة إذا أجر وسلم ثم طعن المستأجر فيه بعيب فقبل الوكيل بغير قضاء يلزم الموكل ولم يعتبر إجارة جديدة بحر (قوله ببينة) لأن الثابت بالبينة ثابت فى حق الكافة لأن البينة حجة مطلقة متعدية فيلزم الموكل كما لزم الوكيل . أما النكول فهو بذل أو إقرار ، وكل منهما حقه أن لاينفذ على الموكل لكنه لما كان النكول مضطرا إليه ببعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسته المبيع لزم الآمر دفعا للضرر عن الوكيل ، وكذا الإقرار فيما لا يحدث لأن القاضى تيقن حدوث العيب فى يدالبائع فلم يكن قضاؤه مستندا إلى هذه الحجج (قوله أو نكوله) أى الوكيل لأنه مضطر فى النكول لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسته المبيع فلزم الآمر بحر .

وفيه دليل على أن الدعوى لو وقعت فى ثمن المبيع بأن ادعى المشترى دفعه للوكيل وأنكره الوكيل وطلب المشترى يمينه على عدم الدفع له فنكل فقضى عليه أنه يضمن الثمن للموكل لفقد العلة المذكورة ولكونه إما باذلا أو مقرا ، وعلى التقديرين يضمن وهى واقعة الفتوى فتأمل اه رملى .

قلت : وفى الكفاية قوله والوكيل مضطر الخ يشير إلى أن الوكيل يحلف على البتات إذ لو كان على العلم لم يكن مضطرا لبعد العيب عن علمه ولكن عامة الروايات على أن الوكيل يحلف على العلم فإذا علم بالعيب فحينئذ يضطر إلى النكول اه (قوله أو إقراره فيما لا يحدث مثله فى هذه المدة) لأن القاضى يتيقن بحدوث العيب فى يد البائع فلم يكن قضاؤه مستندا إلى الإقرار ولا إلى البينة والنكول ، لأن العيب لما كان لايحدث

(رده) الوكيل (على الآمر

مثله كالإصبع الزائدة لم يتوقف القضاء على وجود هذه الحجج من البينة والإقرار وإباء اليمين بل ينبغي أن يقضى بعلمه قطعا بوجود العيب عند البائع بدون الحجج فيجب عدم توقفه على وجودها فى العيب الذى لا يحدث مثله لأن تأويل اشتراطها فى الكتاب أن القاضى يعلم أنه لا يحدث فى مدة شهر مثلا لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع فيفتقر إلى هذه الحجج لظهور هذا التاريخ أو كان عيبا لا يعرفه إلا النساء والأطباء ، وقولهن وقول الطبيب حجة فى توجه الخصومة لا فى الرد فيفتقر إليها فى الرد ، حتى لو كان القاضى عاين البيع والعيب ظاهر لا يحتاج إلى شىء منها قيد بما لا يحدث لأنه لو رد عليه بإقراره فيما يحدث فإنه يلزم المأمور لأن الإقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر إليه لإمكانه السكوت والنكول إلا أنه له أن يخاصم الموكل فيلزم ببينته أو بنكوله ، بخلاف ما إذا كان الرد بغير قضاء والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له أن يخاصم موكله لأنه بيع جديد فى حق ثالث والبائع ثالثهما والرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضى ، غير أن الحجة قاصرة وهو الإقرار ، فمن حيث الفسخ كان له أن يخاصم ، ومن حيث القصور لا يلزم الموكل إلا بحجة ، وإن كان العيب غير حادث أى كسن زائدة أو كان حادثا إلا أنه لا يحدث مثله فى تلك المدة رده على الوكيل بإقراره بغير قضاء لزم الوكيل ، وليس له أن يخاصم الموكل فى عامة روايات المبسوط .

وذكر فى البيوع أنه يكون ردا على الموكل لأنهما فعلا عين ما يفعله القاضى لو رفع إليه إذ لا يكلفه القاضى على إقامة البينة ولا على الحلف فى هذه الصورة بل يرده عليه بلا حجة فكان الحق متعينا فى الرد .

قلنا الرد بالتراضى بيع جديد فى حق ثالث والموكل ثالثهما ، ولا نسلم أن الحق متعين فى الرد بل يثبت حقه أولا فى وصف السلامة ثم إذا عجز ينتقل إلى الرد ثم إذا امتنع الرد بحدوث العيب أو بزيادة حدثت فيه ينتقل إلى الرجوع بالنقصان فلم يكن الرد متعينا وهكذا ذكر الروايتين فى شرح الجامع الصغير وغيره ، وبين الروايتين تفاوت كبير لأن فيه نزولا من اللزوم إلى أن لا يخاصم بالكلية ، وكان الأقرب أن يقال لا يلزمه ولكن له أن يخاصم زيلعى ، وبه علم أن قول المتن أو إقراره فيما لا يحدث مثله أى فيلزم الموكل مبنى على رواية البيوع المخالفة لعامة روايات المبسوط من لزومه للوكيل ، ولذا قال فى المواهب : او رد عليه بما لا يحدث مثله بإقرار يلزم الوكيل ولزوم الموكل رواية اه فتنبه (قوله ورده الوكيل على الآمر) لو قال فهو رد على الآمر لكان أولى لأن الوكيل لا يحتاج إلى خصومة مع الموكل إلا إذا كان عيبا يحدث مثله ورد عليه بإقرار بقضاء ، وإن بدون قضاء لا تصح خصومته لكونه مشتريا .

وحاصل هذه المسألة أن العيب لا يخلو إما أن لا يحدث مثله كالسن أو الإصبع الزائدة ، أو يكون حادثا لكن لا يحدث مثله فى هذه المدة ، أو يحدث فى مثلها ، ففى الأول والثانى يرده القاضى من غير حجة من بينة أو إقرار أو نكول لعلمه بكونه عند البائع ، وتأويل اشتراط الحجة فى الكتاب أن الحال قد يشتبه على القاضى بأن لا يعرف تاريخ البيع فيحتاج إليها ليظهر التاريخ ، أو كان عيبا لا يعرفه إلا الأطباء أو النساء ، وقولهم حجة فى توجه الخصومة لا فى الرد فيفتقر إلى الحجة للرد ، حتى لو عاين القاضى البيع وكان العيب ظاهرا لا يحتاج إلى شىء منها ، وكذا الحكم فى الثالث إن كان ببينة أو نكول لأن البينة حجة مطلقة وكذا النكول حجة فى حقه فيرده عليه ، والرد فى هذه المواضع على الوكيل رد على الموكل . وأما إن رده عليه فى هذا

و) لو (بإقراره فيما يحدث لا) يرده ولزم الوكيل (الأصل فى الوكالة الخصوص، وفى المضاربة العموم) وفرّع عليه بقوله (فإن باع) الوكيل (نسيئة فقال أمرتك بنقد وقال أطلقت صدق الآمر وفى) الاختلاف فى (المضاربة

الثالث بإقراره ، فإن كان بقضاء فلا يكون ردا على الموكل لأنه حجة قاصرة فلا تتعدى، ولكن له أن يخاصم الموكل فيرده عليه ببينة أو بنكوله ، لأن الرد فسخ لأنه حصل بالقضاء كرها عليه فانعدم الرضا ، وإن كان بغير قضاء فليس له الرد لأنه إقالة وهى بيع جديد فى حق ثالث وهو الموكل فى الأول ، والثانى لو رد على الوكيل بالإقرار بدون قضاء لزم الوكيل ، وليس له أن يخاصم الموكل فى عامة الروايات . وفى رواية يكون ردا على الموكل كما قدمناه قريبا عن الزيلعى. قال فى الإصلاح : وكذا بإقرار فيما لا يحدث مثله إن رد بقضاء اه (قوله ولو بإقراره فيما يحدث لا يرده ولزم الوكيل) إلا أنه إن كان الرد بقضاء فللوكيل أن يخاصم الموكل فيلزمه ببينة أو بنكوله .

قال المقدسى : ولا يرده إلا ببرهان أنه كان عنده وإلا يحلف ، فإن نكل يرده وإلا لزم الوكيل. ثم قال: فإن قيل : كيف يرده ويخاصم الموكل مع أن الرد بالإقرار فسخ فى حق المتعاقدين بيع جديد فى حق الموكل ؟ قلنا الرد ما حصل بإقراره بل بقضاء القاضى بكره منه فجعل فسخا لكن استند لدليل قاصر فعممنا الفسخ عند البرهان ولزم الوكيل عند عدمه عملا بقصور المستند وهو الإقرار .

قال فى النهاية : قضاء القاضى مع إقرار الوكيل متصور إذا أقر بالعيب وامتنع من القبول فيجبره عليه ، وإن رده المشترى بإقرار الوكيل بغير قضاء لزمه ولم يخاصم بحال .

وفى كافى الحاكم : إذا قبل الوكيل المبيع بغير قضاء بخيار شرط أو رؤية جاز على الآمر كرده بعيب قبل القبض ، ولو قبل وكيل الإيجار المعيب من المستأجر بغير قضاء يلزم الموكل لأن المنافع غير مقبوضة (قوله الأصل فى الوكالة الخصوص) لأن الموكل يقيم الوكيل مقام نفسه بالإستعانة به فى أمر خاص ، حتى لا تصح ببيان الجنس بل حتى يبين النوع أو الثمن . ومبنى المضاربة على تحصيل الربح ، ووجوه تحصيله متباينة ، قد يكون بالنقد ، وقد يكون بالنسيئة ، وقد يكون بالبيع المطلق ، وقد يكون بالمقابضة (قوله وفى المضاربة العموم) فيملك الإيداع والإبضاع ، وهذا بخلاف ما لو ادعى رب المال المضاربة فى نوع والآخر فى نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لأنه سقط الإطلاق بتصادقهما فنزل إلى الوكالة المحضة (قوله فإن باع الوكيل نسيئة) لو قال المصنف : لو اختلفا فيما عينه الموكل فالقول للآمر لكان أولى ليشمل ما ذكر ، ويشمل ما إذا باع الوكيل بخمسمائة فقال الآمر أمرتك بألف أو قال أمرتك بدينار أو بحنطة أو شعير أو قال بكفيل وقال الوكيل بغيره فالقول للآمر ، كما إذا أنكر أصل الأمر ووكيل الخلع والمقدار والصفة من حلول وتأجيل بحر .

واعلم أن قياس ما سبق عن الخلاصة يقتضى أن يكون المراد من أمر الآمر وكيله بالبيع نقدا أن يقول له لا تبعه إلا بالنقد لا مجرد الأمر بالبيع بالنقد ، ألا ترى إلى ما سبق من أنه لو قال له بعه بالنقود فباع بالنسيئة جاز ، بخلاف لا تبع إلا بالنقد ، ومقتضاه أنه لو قال بعه من فلان بكفيل فباعه منه بغير كفيل جاز بخلاف لا تبعه منه إلا بكفيل ، لكن فى البحر عن الكافى : أمره أن يبيعه من فلان بكفيل فباع بغير كفيل لم يجز ، فتدبر فى وجه الفرق ، وانظر ما قدمنا قبل ثلاث أوراق عند قول الشارح وبه علم الخ (قوله صدق الآمر) لأن الأمر يستفاد من جهته ،

صدق (المضارب) عملا بالأصل .

(لاينفذ تصرف أحد الوكيلين)

[تنبيه] ما مر نقل صريح فى اعتبار قول الآمر لا يجوز العدول عنه ، فقول بعض المتأخرين فيما تقدم فيما لو وكله بقضاء دينه لفلان فقال قضيته فقال الآمر إنما أمرتك لفلان غيره حيث قال إن القول للمأمور لأنه أمين قول مخالف لصريح المنقول المعتبر المقبول كما نبه عليه المقدسى (قوله عملا بالأصل) علة للمسألتين ، لأن تصديق الآمر فى أمره بالنقد لتخصيص الوكالة وتصديق المضارب لإطلاقها ، فلو ادعى الوكيل الفعل وأنكره موكله ، فإن كان إخبار الوكيل بعد عزله فالقول للموكل ، وإن قبل فى حياة الموكل فالقول للوكيل إن كان المبيع مسلما إليه وإلا لا ، وإن كان بعد موته حال هلاك العين فكذلك وإلا لم يقبل قوله إذا كذبه الوارث هذا فى الوكيل بالبيع ، وأما الوكيل بالشراء فسبق حكمه عند الاختلاف ، وأما وكيل العتق فلا يقبل قوله كما إذا قال أعتقته أمس وكذبه الموكل لا يعتق ، وأما وكيل الكتابة فيقبل قوله فى العقد لا فى قبض البدل والهلاك ، كما إذا قال كاتبته وقبضت بدلها فالقول له فى الكتابة لا فى قبضت بدلها . أما لو قال كاتبته ثم قال قبضت بدلها ودفعته للموكل فهو صحيح يصدق لأنه أمين ، ولا يقبل قول وكيل النكاح والوكيل بقبض الدين إذا ادعى القبض والهلاك يصدق .

وفى خزانة المفتين : وكل رجلا بأن يشترى أخاه فاشترى فقال الآمر ليس هذا أخى فالقول له مع يمينه لأنه ينكر وجوب الثمن عليه ويكون الوكيل مشتريا لنفسه ويعتق العبد على الوكيل بقوله هذا أخوك اه . وإذا اتفقا أن عقد المضاربة وقع خاصا واختلفا فيما خص العقد فيه فالقول لرب المال لاتفاقهما على العدول عن الظاهر والإذن يستفاد من قبله ، فيعتبر قوله وأمرتك بالإتجار فى البر وادعى الإطلاق فالقول للمضارب لادعائه عمومه . وعن الحسن عن الإمام أنه لرب المال لأن الإذن يستفاد منه ، وإن برهنا فإن نص شهود العامل أنه أعطاه مضاربة فى كل تجارة فهى أولى لإثباته الزيادة لفظا ومعنى وإن لم ينصوا على هذا الحرف فلرب المال ، وكذا إذا اختلفا فى المنع من السفر لاقتضاء المضاربة إطلاقها على الروايات المشهورة .

قال المضارب : هو فى الطعام وقال رب المال هو فى الكرباس فالقول له ، ولو برهنا فللمضارب لأن رب المال لا يحتاج إلى الإثبات والمضارب يحتاج إلى إثباته لدفع الضمان عن نفسه ، وإن وقتا فالوقت الأخير أولى كما فى مضاربة البزازية ، والبضاعة كالمضاربة إلا أن المضارب يملك البيع والمستبضع إلا إذا كان فى لفظه ما يعلم أنه قصد الاسترباح أو نص على ذلك كذا فى وكالة البزازية ، والظاهر أنها كالوكالة من حيث أن الأصل فيها التقييد إلا أنه لا يملك الإبضاع والإيداع وبيع ما اشتراه إلا بالتنصيص بخلاف المضارب اه .

مطلب الشركة مثل المضاربة فى أن الأصل فيها الإطلاق

قال الرملى : ومثل المضاربة الشركة الظاهر أن الأصل فيها الإطلاق لأنها مبنية عليها ، وماعلل به الزيلعى كالصريح فيه فتأمل اه (قوله لاينفذ تصرف أحد الوكيلين) لأن الموكل رضى برأيهما لا برأى أحدهما ، والبدل وإن كان مقدرا ولكن التقدير لايمنع استعمال الرأى فى الزيادة واختيار المشترى بحر : أى التقدير للبدل لمنع النقصان عنه ، فربما يزداد عند الاجتماع وربما يختار الثانى مشتريا مليا ، والأول لايهتدى إلى ذلك ، وأشار بالتعبير بالنفاذ ولم يقل لايصح إلى أن تصرف أحدهما موقوف إن تصرف بحضرة صاحبه ، فإن أجاز صاحبه جاز وإلا فلا ، ولو كان غائبا فأجازه لم يجز فى قول الإمام كذا فى التبيين . قال الحاكم أبو الفضل : هذا خلاف مافى الأصل .

معا كوكلتكما بكذا (وحده) ولو الآخر عبدا أو صبيا أو مات أو جن

وقال أبو يوسف : يجوز ، ولو باع أحدهما من صاحبه شيئا لم يجز ؛ لما فى وصايا الخانية : لو باع أحد الوصيين شيئا من التركة لصاحبه لا يجوز عند أبى حنيفة ومحمد ، ويجوز عند أبى يوسف اه (قوله معا كوكلتكما بكذا) أى ببيع عبدى هذا أو بخلع امرأتى ، أما إذا وكلهما بكلامين على التعاقب فينفرد أحدهما ، وكذا إذا لم يمكن اجتماعهما كالخصومة ، وكذا ما لا يحتاج إلى الرأى كالطلاق بغير مال كما فى المجمع وشرحه ، وكل ذلك يؤخذ من كلام الشارح رحمه الله تعالى ، وأتى الشارح بقوله معا لبيان مراد الماتن بدليل استثنائه ما إذا وكلهما على التعاقب بعد ذلك ولبيان تقييد امتناع تصرف أحدهما بما إذا وكلهما مجتمعين ، ولا يخرج بذلك الاستثناء عن كونه متصلا لأن الاستثناء واقع فى المتن ولفظ الظرف تقييد من الشارح (قوله ولو الآخر عبدا أو صبيا محجورا عليه : أى لا يتصرف أحد الوكيلين وحده لأن الموكل رضى برأيهما لا برأى أحدهما ، والبدل وإن كان مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأى فى الزيادة واختيار المشترى كما قدمناه عن البحر .

أقول : ولا عبرة بكون أحدهما ضعيف التصرف كالعبد والصبى فإن الحقوق لا ترجع إليهما إلا بإذن من وليهما ولا دخل لهذا فى اختياره رأيهما ، لأن مناط الاختيار معرفتهما بوجوه التصرف ، وما عندهما من الصدق والأمانة فقد يكون فيهما أرجح من البالغ والحر أطلقه فشمل ما إذا كان أحدهما عاقلا حرا بالغا والآخر عبدا أو صبيا محجورا عليه لكنه مقيد بما إذا وكلهما بكلام واحد كما علمت .

أما إذا كان توكيلهما على التعاقب فإنه يجوز لأحدهما الانفراد لأنه رضى برأى كل واحد منهما على الانفراد وقت توكيله فلا يتغير بعد ذلك ، بخلاف الوصيين فإنه إذا أوصى إلى كل منهما بكلام على حدة لم يجز لأحدهما الانفراد فى الأصح لأنه عند الموت صارا وصيين جملة واحدة وفى الوكالة يثبت حكمهما بنفس التوكيل بحر (قوله أو مات أو جن) أى الوكيل الآخر أى فلا يجوز للآخر التصرف وحده لأنه إنما فوّض للباقى مع الذى قد فات رأيه ولم يفوض له بانفراده فلا يملك التصرف وحده لعدم رضاه برأيه وحده ، ولو كانا وصيين فمات أحدهما لا يتصرف الحى إلا بأمر القاضى كما فى وصايا الخانية .

وفى الخانية : رجل قال لرجلين وكلت أحدكما بشراء أمة لى بألف درهم فاشترى أحدهما ثم اشترى الآخر فإن الآخر يكون مشتريا لنفسه ، ولو اشترى كل واحد منهما جارية ووقع شراؤهما فى وقت واحد كانت الجاريتان للموكل كذا ذكر فى النوازل وعليه الفتوى اه .

وفى الذخيرة عن محمد : رجل وكل رجلا بقبض كل حق له ثم فارقه ثم وكل آخر بقبض كل دين له فقبض الوكيل الأول شيئا من الدين فليس للوكيل الثانى أن يقبضه من الأول لأنه الساعة عين وليس بدين ، ولو وكل الأول بقبض كل حق له ثم وكل الثانى بقبض كل شىء له وقبض الأول شيئا من الدين فللثانى أن يقبضه من الأول ، ولو وكل رجلا بقبض داره التى فى موضع كذا التى فى يد فلان فمضى الوكيل ثم وكل آخر بعده بمثل ما وكل به الأول فى قبض هذه بعينها ، فإن كان الأول قد قبض الدار قبل توكيل الثانى فللثانى أن يقبضها من الأول ، وإن وكل الثانى قبل أن يقبض الأول الدار فليس للثانى أن يقبضها لأنها صارت مقبوضة لصاحبها اه .

ومثله فى التاترخانية فى الرابع عشر ، لكن ذكر بدل التعليل قوله والشىء بعينه لا يشبه ما ليس بعينه ، ألا ترى أن رجلا لو وكل رجلا بقبض عبد له بعينه فى يد رجل ثم قبضه المولى ثم أودعه إنسانا آخر فللوكيل أن يقبضه اه .

(إلا) فيما إذا وكلهما على التعاقب ، بخلاف الوصيين كما سيجىء فى بابه و (فى خصومة) بشرط رأى الآخر لا حضرته على الصحيح

ومثله فى الخلاصة فى الفصل الثالث (قوله إلا فيما إذا وكلهما على التعاقب) فإنه يجوز لأحدهما الانفراد كما علمت ، وكان ينبغى للشارح أن يحذف قوله فيما تقدم معا ليحسن هذا الاستثناء لأنه لايكون إلا من عام ومع تقييده بمعا صار خاصا فلا يستثنى منه إذ لايدخل هذا فى الاستثناء كما بيناه قريبا (قوله بخلاف الوصيين) فإنه لاينفرد أحدهما كما علمت .

قال فى تنوير البصائر : وفيه اختلاف واختلاف تصحيح . فقيل الخلاف فيما إذا أوصى لهما معا . أما لو أوصى بكل على حدة فينفرد إجماعا . قال فى الخزانة : وهو الأصح وبه نأخذ ، وقيل فى الفصلين . وقيل هذا أصح . قال فى المبسوط : لكن الأصح أن الخلاف فى الفصلين والمراد بالخلاف الخلاف بين أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد ، فعند أبى حنيفة ومحمد لاينفرد فيما عدا ما استثنى خلافا لأبى يوسف .

قال : ويستثنى مسائل أخر ينفرد فيها بالتصرف أحد الوصيين : تجهيز الميت ، وشراء مالا بد منه للصغير كالطعام والكسوة ، وبيع مايخشى عليه التلف ، وتنفيذ الوصية المعينة ، وقضاء دين الميت إذا كان فى التركة من جنسه ، والخصومة ، ورد المغصوب ، ورد الودائع ، وقبول الهبة ، وجمع الأموال الضائعة ، ورد المشترى فاسدا ، وقسمة مايكال ويوزن ، وإجارة اليتيم فى عمل يتعلم ، وفى الإيصاء بأن يتصدق على فقراء كذا وعينه ، وإعتاق النسمة المعينة وحفظ الأموال .

قلت : والظاهر أنه لافرق بين أن يكون نصبهما الميت أو نصبهما قاض واحد أو نصبهما قاضيا بلدتين وليس كذلك ، فإنه فى مسألة ما لو نصب كل واحد منهما قاضى بلدة ينفرد كل واحد منهما بالتصرف .

قال فى الملتقطات : قيمان نصب كل واحد منهما قاضى بلدة جاز أن ينفرد كل واحد منهما بالتصرف فى مال الميت لأن كل واحد من القاضيين لو تصرف جاز فكذا نائبه ، فلو أراد كل واحد من القاضيين عزل المتولى الذى نصبه الآخر جاز إذا رأى المصلحة فى ذلك اﻫ فهذا تقييد لكلام الأشباه من أن محله فيما إذا كانا وصيين من جهة الميت أو من جهة قاض واحد ، أما لو كانا من جهة قاضيين من بلدتين فينفرد أحدهما بالتصرف .

قلت : وفى قوله فكذا نائبه نظر ظاهر ، لما علم من كلام علمائنا أن وصى القاضى نائب عن الميت لا عن القاضى حتى تلحقه العهدة ، بخلاف أمين القاضى لأنه نائب عنه فلا تلحقه العهدة . ومقتضى كون وصى القاضى نائبا عنه أن لايكون القاضى محجورا عن التصرف فى مال اليتيم كما إذا كان أمينه ، والمنقول أنه محجور عن التصرف فى مال اليتيم مع وجود وصى ولو منصوبه بخلافه مع أمينه ، ومقتضى كون القاضى نائبا عنه أن لايملك القاضى شراء مال اليتيم من وصى نصبه كما لو كان أمينه والحكم بخلافه كما فى غالب كتب المذهب اﻫ (قوله كما سيجىء فى بابه) ونصه : وبطل فعل أحد الوصيين ولو كان إيصاؤه لكل منهما على الانفراد ، وسيجىء أيضا قريبا متنا فى قوله بخلاف الوصاية . (قوله وفى خصومة) أى فإن لأحدهما أن يخاصم وحده ، لأنها وإن كانت تحتاج إلى رأى إلا أن اجتماعهما على الخصومة والتكلم يتعذر ، واللغط يوقع فى الغلط لأنه يلتبس على القاضى فهم الدعوى ويصير شغبا بفتح الشين وسكون الغين : هيجان الشر ، وبالفتح لغة ضعيفة ، حتى لو باشرهدون رأى الآخر لايجوز عندنا عينى . أما اجتماعهما على البيع فغير متعذر بحر (قوله لاحضرته على الصحيح) لأن حضورهما فى الخصومة ليس بشرط عند عامتهم ، وقيل يشترط ، وهو قول زفر والشافعى

إلا إذا انتهيا إلى القبض فحتى يجتمعا جوهرة (وعتق معين وطلاق معينة لم يعوضا) بخلاف معوض وغير معين (وتعليق بمشيئتهما) أى الوكيلين فإنه يلزم اجتماعهما عملا بالتعليق قاله المصنف .

قلت : وظاهره عطفه على لم يعوّضا كما يعلم من العينى والدرر فحق العبارة ولا علقا بمشيئتهما فتدبر

(قوله إلا إذا انتهيا) الأولى إلا إذا انتهت الخصومة (قوله فحتى يجتمعا) هذا بناء على أن الوكيل بالخصومة يملك القبض والمفتى به قول زفر هنا أنه لايملكه كما يأتى قريبا ، وبه أفتى أبو السعود (قوله وعتق معين وطلاق معينة لم يعوضا) أى بلا بدل لأنه مما لايحتاج إلى الرأى وتعبير المثنى فيه كالواحد وقوله معين : أى ولو كان التعيين بسبب تفرد المأمور بعتقه وطلاقها كأن قال له طلق زوجتى أو أعتق عبدى ولا زوجة وعبد له سوى واحد . قال العلامة مسكين : والمراد بالطلاق والعتاق أن يكونا منجزين ، بأن قال طلقاها وأعتقاها ، أما لو قال طلقاها إن شئتما أو قال أمرها بأيديكما لاينفرد أحدهما بالطلاق والعتاق اهـ وهذا معنى قول المصنف وتعليق بمشيئتهما ويكون معطوفا على لم يعوّضا كما قال الشارح (قوله بخلاف معوض) على صيغة اسم المفعول أى يجعولا العوض فى مقابلته وهو صفة لما وكلا به من عتق أو طلاق : أى لو وكلهما بطلاق وعتق بعوض لاينفرد أحدهما لأنه اعتمد على رأيهما وهذا مما يحتاج إلى الرأى فى زيادة القدر المأخوذ من العوض وغير ذلك من الأمور التى يحتاج إليها فى التصرفات ، وكذا إذا كان العبد أو الزوجة غير معينة فإن ذلك يحتاج إلى الرأى باختيار العبد الذى يعتقانه أو المرأة التى يطلقانها .

فالحاصل أنه إذا لم يعوض المعتق والمطلقة لايحتاج إلى رأى فمباشرة الواحد والاثنين سواء ، بخلاف العتق والطلاق المعوض وغير المعينين فإنه يحتاج إلى الرأى فإذا رضى برأيهما لايستقل أحدهما والمناسب أن يعطف عليه ولا علقا أى العتق والطلاق بمشيئتهما أى مشيئة الوكيلين ، فإن علقا فباشر أحدهما لم ينفذ لعدم وجود المعلق عليه وهو مشيئتهما ، وقول المتن وتعليق لايصح عطفه على لم يعوّضا إلا بتأويل .

وعبارة البحر بلا بدل وتعليق وهو صحيح لأنه عطف اسم صريح على اسم صريح وهو حسن صحيح (قوله وغير معين) أى وكذا إذا كان العبد أو الزوجة غير معين فإن ذلك يحتاج إلى الرأى أيضا كما علمت (قوله وتعليق بمشيئتهما) كما إذا قال طلقاها إن شئتما ، ومثل ذلك إذا جعل أمرها بيدهما ففيهما يكون تفويضا فيقتصر على المجلس : أى الذى هما فيه لكونه تمليكا فى التفويض أو يكون تعليقا فيشترط فعلهما لوقوع الطلاق ، لأن المعلق بشيئين لاينزل عند وجود أحدهما (قوله فإنه يلزم اجتماعهما عملا بالتعليق) فلو باشر أحدهما لم ينفذ لعدم وجود المعلق عليه وهو مشيئتهما (قوله قلت وظاهره عطفه على لم يعوضا) الضمير فى قوله وظاهره يعود على ماقاله المصنف ، والضمير فى عطفه يعود على التعليق ، أى ظاهر ماقاله المصنف عطف التعليق على لم يعوّضا أى نظرا إلى المعنى كأنه قيل لم يقع فيهما تعويض ولا تعليق بمشيئتهما ، والأحسن أن يقول على يعوضا بإسقاط لم لتسلط النفى عليه وفيه ركاكة زائدة (قوله كما يعلم من العينى والدرر) حيث قال بعد قوله لم يعوّضا ، بخلاف ما إذا قال لهما طلقاها إن شئتما أو قال أمرها بأيديكما لأنه تفويض إلى مشيئتهما فيقتصر على المجلس اهـ (قوله فحق العبارة) أى حقها الواضح وإلا فهى صحيحة على ماسلف .

واستثنى فى البحر من إطلاق المصنف مسائل :

الأولى : لو قال طلقاها جميعا ليس لأحدهما أن يطلقها وحده ولايقع عليها طلاق أحدهما ، ولو قال طلقاها جميعا ثلاثا فطلقها أحدهما طلقة والآخر طلقتين لايقع .

(و) فى (تدبير ورد عين) كوديعة وعارية ومغصوب ومبيع فاسد خلاصة بخلاف استردادها، فلو قبض أحدهما ضمن كله لعدم أمره بقبض شىء منه وحده سراج (و) فى (تسليم هبة) بخلاف قبضها ولوالجية (وقضاء دين) بخلاف اقتضائه عينى (و) بخلاف (الوصاية)

الثانية : قال لوكيلى طلاق لايطلقها أحد دون صاحبه وطلق أحدهما ثم الآخر أو طلق واحد ثم أجازه الآخر لايقع مالم يجتمعا ، وكذا فى وكيلى عتاق كذا فى منية المفتى اه .

أقول : واعترضه الرملى بأنه إنما لم يستثن المصنف الأولى لعدم دخولها لأن فيها زيادة وهى شرط اجتماعهما صريحا فتأمل ، وكذا لم يستثن الثانية لعارض النهى عن الانفراد (قوله وفى تدبير) أى لمعين لأنه كالإعتاق لايحتاج إلى الرأى منع فلأحدهما الانفراد به ، وإنما قدر « فى » فى هذا وفيما بعده ليعلم أنه ينفرد أحدهما فيها (قوله ورد عين كوديعة الخ) لأنه لايحتاج له الرأى (قوله بخلاف استردادها) فليس لأحدهما القبض بدون إذن صاحبه لإمكان اجتماعهما ، وللموكل فيه غرض صحيح لأن حفظ اثنين خير من حفظ واحد فإذا قبض أحدهما ضمن كله لأنه قبض بغير إذن المالك .

فإن قيل : ينبغى أن يضمن النصف لأن كل واحد منهما مأمور بقبض النصف . قلنا ذاك مع إذن صاحبه . وأما فى حال الانفراد فغير مأمور بقبض شىء منه بحر عن السراج . واعترضه أبو السعود بقوله وما فى البحر عن السراج من قوله : فإن قيل ينبغى أن يضمن النصف الخ فيه نظر لأنه إذا قبض بإذن صاحبه لايلزمه الضمان أصلا اه . واعترض أيضا على تعليل البحر المذكور بقوله لأن اجتماعهما فيه ممكن بأن الحكم لوكان معلولا بإمكان الاجتماع لم يجز لأحدهما الانفراد فى التوكيل برد الوديعة اه . وعليه فالأولى الاقتصار على قوله لأن للموكل فيه غرضا صحيحا لأن حفظ اثنين خير من حفظ واحد (قوله فلو قبض أحدهما) أى بدون إذن صاحبه كما صرح به فى الذخيرة لابدون حضوره كما توهمه عبارة البحر كما علمت أى وهلك فى يده سواء كان كل المقبوض أو بعضه (قوله ضمن كله لعدم أمره بقبض شىء منه وحده) إذ أمره تناولهما مجتمعين لامنفردين فلم يكن مأمورا فى حالة الانفراد بقبض شىء (قوله وفى تسليم هبة) أى لموهوب له معين فإن لأحدهما الانفراد اتفاقا ، وإن لم يعين الموهوب له لاينفرد أحدهما عندهما وينفرد عند الثانى ط (قوله بخلاف قبضها) فليس لأحدهما الانفراد ، والعلة ماذكر فى الاسترداد وهى العلة فى الاقتضاء (قوله وقضاء دين) فهو كرد الوديعة واقتضائه فهو كاستردادها بحر (قوله وبخلاف الوصاية) مبتدأ(١) خبره قوله الآتى كالوكالة ، وزاد بعد الواو قوله بخلاف ليعطفه على قوله بخلاف اقتضائه ، فالمعطوف خمسة والسادس المعطوف عليه ، فلا اعتراض فى كلامه فتنبه ، لكن لايحسن تشبيه مسألة الاقتضاء بالوكالة لأنها وكالة حقيقة ، وحينئذ فقول بعض الأفاضل إن المسائل المعدودة خمسة لا ستة فيه مافيه ، ووقع فى بعض النسخ والوصاية بدون قوله بخلاف على أنها مبتدأ وقوله كالوكالة خبر وهى أولى ، لأن ظاهر النسخة الأولى أن الوصيين لاينفردان أصلا ولا فى المسائل المستثناة حتى تصح أن تكون الوكالة بخلاف الوصاية وليس كذلك ، فإن ماينفرد به أحد الوكيلين ينفرد به أحد الوصيين . وزاد مسائل أخر تأتى فى باب الوصى ، ولذا جعل صاحب البحر حكم الوصيين والوكيلين واحدا حيث قال : اعلم أن الوكالة والوصاية والمضاربة والقضاء والتولية على الوقف سواء ليس لأحدهما الانفراد ، وقدمنا حكم القاضيين

---

(١) (قوله وبخلاف الوصاية مبتدأ) كذا بالأصل . وعبارة الطحطاوى : قوله وبخلاف الوصاية عطف على قوله بخلاف اقتضائه ، وهى ظاهرة اه مصححه ,

لاثنين (و) كذا (المضاربة والقضاء) والتحكيم (والتولية على الوقف) فإن هذه الستة (كالوكالة فليس لأحدهما الانفراد) بحر إلا فى مسألة ماإذا شرط الواقف النظر له أو الاستبدال مع فلان فإن للواقف الانفراد دون فلان أشباه .
(والوكيل بقضاء الدين) من ماله أو مال موكله (لا يجبر عليه)

فى القضاء والناظر إما وكيل أو وصى فلا ينفرد أحدهما ؛ فقد سوى بين الوكالة والوصاية كما ترى . قال الرملى والصحيح أن الناظر وكيل . لكن قال قاضيخان : هو عند أبى حنيفة وأبى يوسف وكيل الواقف حتى كان له أن يعزله وإن لم يشترطه لنفسه . وعند محمد وكيل الفقراء حتى لم يكن له عزله اه (قوله لاثنين) ولو متعاقب (قوله وكذا المضاربة) أى إذا عقد معهما عقد المضاربة معا فليس لأحدهما الانفراد لأن المضاربة مما تحتاج إلى الرأى (قوله والقضاء) قيل ليس المراد أن السلطان إذا قلد شخصين قضاء بلدة ليس لأحدهما الانفراد بالقضاء فى غيبة الآخر كما يتوهم ، وإنما المراد أنه إذا فوض أمرا إلى قاضيين متوليين قبل تفويض الأمر ليس لأحدهما الانفراد بالتصرف فى ذلك الأمر بدون رأى الثانى انتهى .

أقول : ما نفى أن يكون مرادا هو المصرح به كما فى منية المفتى . وعبارتها السلطان أو الإمام الأكبر فوض قضاء ناحية إلى اثنين فقضى أحدهما لم يجز كأحد وكيلى بيع كذا ذكره الحموى فى البحر عن الخانية ، ولو أن واحدا من هذين القاضيين أراد أن يعزل القيم الذى أقامه القاضى الآخر ، فإن رأى المصلحة فى ذلك كان له ذلك وإلا فلا اه (قوله والتولية على الوقف) أى إذا نصبهما قاض واحد أو كانا منصوبى الواقف (قوله فإن هذه الستة) أى مع ضم الوكالة وإلا فهى خمس والتحكيم على استثنائه وإن أراد جميع ماتقدم ممالم يجز فيه الانفراد فهى تسع عشرة صورة مع مسئلة الوكالة (قوله كالوكالة فليس لأحدهما الانفراد) لأن ما ذكر يحتاج إلى الرأى ، ولم يذكر فى البحر التحكيم ، ولم يذكر فى الأشباه المضاربة بل زاد على ماهنا المودعين والمشروط لهما الاستبدال والإدخال والإخراج ، فباعتبار ما هنا تكون المسائل المثبتة بالوكالة ثمانية .

والحاصل أن الشىء المفوض إلى اثنين لايملكه أحدهما كالوكيلين والوصيين والناظرين والقاضيين اللذين يضعهما قاض واحد . أما لو كانا منصوبى قاضيين فلأحدهما الانفراد والحكمين والمودعين والمشروط لهما الإدخال والاستبدال والإخراج كما فى الأشباه (قوله إلا فى مسألة ماإذا شرط الواقف الخ) قال الحموى : يستفاد منه أن الناظرين أعم من أن يكون أحدهما المفوض أو غيره وعلى هذا فالاستثناء متصل لامنقطع (قوله له) أى للواقف نفسه (قوله فإن للواقف الانفراد دون فلان) لأن الواقف هو الذى شرط لذلك الرجل ، وما شرطه لغيره فهو مشروط لنفسه لتقييده ط (قوله والوكيل بقضاء الدين) أعم من هذا عبارة الأشباه حيث قال : ولا يجبر الوكيل إذا امتنع عن فعل ماوكل فيه إلا فى مسائل وهى الثلاث الآتية اه . وعلله فى الملتقطات بأن فعل ذلك ليس بواجب عليه (قوله أو مال موكله) هكذا استنبطه العمادى من مسألة ذكرها عن الخانية حيث قال بعد نقله لعبارة الخانية : والفرع الأخير من هذه المسألة دليل على أن الوكيل بقضاء الدين من مال الوكيل لايجبر على أداء الدين إذا لم يكن للموكل على الوكيل دين والمسألة كانت واقعة الفتوى اه ، وهى التى أرادها الشارح ولكن ذكر قبله عنها مايدل على خلافه من أنه لو كتب فى آخر كتابه أنه يخاصم ويخاصم ثم ادعى قوم قبل الموكل الغائب مالا فأقر الوكيل بالوكالة وأنكر المال فأحضروا الشهود على الموكل لايكون لهم أن يحبسوا الوكيل لأنه جزاء الظلم ولم يظهر ظلمه إذ ليس فى هذه الشهادة أمر بأداء المال ولا ضمان الوكيل عن الموكل فإذا لم يجب على الوكيل أداء المال من مال الموكل بأمر موكله ولا بالضمان عن موكله لايكون الوكيل ظالما بالامتناع اه ملخصا ,

إذا لم يكن للموكل على الوكيل دين ، وهى واقعة الفتوى كما بسطه العمادى ، واعتمده المصنف .

قال : ومفاده أن الوكيل ببيع عين من مال الموكل لوفاء دينه لا يجبر عليه كما لا يجبر الوكيل بنحو طلاق ولو بطلبها على المعتمد وعتق وهبة من فلان وبيع منه لكونه متبرعا إلا فى مسائل : إذا وكله بدفع عين ثم

ومفاده أنه لو ثبت أمر موكله أو كفالته عنه يؤمر بالأداء ، وعليه يحمل كلام قارئ الهداية تأمل .

ثم رأيت فى حاشية المنح حيث قال : أقول كلام الخانية صريح فيما أفتى به قارئ الهداية فإنه صريح فى وجوب أداء المال بأحد شيئين : إما أمر الموكل أو الضمان فليكن المعول عليه فليتأمل اهـ .

ثم قال موفقا بين عبارة الخانية السابقة وعبارتها الثانية القائلة : وإن لم يكن له دين على الوكيل لايجبر وبين عبارة الفوائد لابن نجيم القائلة لايجبر الوكيل إذا امتنع عن فعل ماوكل فيه إلا فى مسائل الخ مانصه أقول : الذى ذكره فى الفوائد مطلق عن قيد كونه من ماله أو من مال موكله أو من دين عليه . والفرع الأخير المنقول عن الخانية مقيد بما إذا لم يكن عليه دين وماقبله بما إذا لم يكن له مال تحت يده . وأنت إذا تأملت وجدت المسألة ثلاثية : إما أن يوجد أمره ولا مال له تحت يده ولا دين أوله واحد منهما ، والظاهر أن الوديعة مثل الدين لصحة التوكيل بقبضها كهو فيحمل الدين فى الفرع الثانى على مطلق المال حتى لايخالف كلامه فى الفرع الأول كلامه فى الفرع الثانى لصحة وجهه ، ويحمل كلامه فى الفوائد على عدم وجود واحد منهما فيحصل التوفيق فلا مخالفة فتأمل اهـ .

قلت : ويحصل التوفيق أيضا مع ماأفتى به قارئ الهداية من قوله إنما يجبر على دفع ماثبت على موكله من الدين إذا ثبت أن الموكل أمر الوكيل بدفع الدين أو كان للموكل مال تحت يده بدليل ذكره فى السؤال .

وحاصله أنه لايجبر إذا لم يكن له عند الوكيل مال ولا دين ، وعليك بالتأمل فى هذا التوفيق (قوله إذا لم يكن للموكل على الوكيل دين) أما إذا كان وقد أمره بقضاء دينه بماله عليه فإنه يجبر كما يفيده مفهومه (قوله قال) أى المصنف (قوله لايجبر عليه) أى على البيع (قوله ولو بطلبها) أى ولو كان التوكيل بطلبها ، وقوله على المعتمد راجع إليه ، أما إذا لم يكن بطلبها فلا خلاف فى عدم الإجبار . وسيأتى فى باب عزل الوكيل .

أقول : وما فى الخلاصة من أنه يجبر لو بطلبها فخلاف الراجح لأنه لاحق للمرأة فى طلب الطلاق .

قال فى الخانية : الرجل إذا وكل بطلاق امرأته بطلبها لايملك عزله إلا بمحضر منها . قال الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسى : الصحيح أنه يملك لأنه لاحق للمرأة فى طلب الطلاق وطلب التوكيل كما فى تنوير البصائر (قوله وعتق وهبة) مثله التدبير والكتابة كما فى الأشباه .

قال فى الخانية : رجل قال لغيره ادفع هذا الثوب إلى فلان واعتق عبدى هذا ودبر عبدى هذا وكاتب عبدى هذا فقبل الوكيل ذلك وغاب الموكل فجاء هؤلاء وطلبوا منه ذلك لايجبر على شىء منه إلا فى دفع الثوب فإن الثوب يحتمل أن يكون ملك فلان فيؤمر بالدفع إليه اهـ ذكره الحموى (قوله لكونه متبرعا) علة لقوله لا يجبر (قوله إذا وكله بدفع عين) كما إذا قال ادفع هذا الثوب إلى فلان فيجبر على الدفع لأن الثوب يحتمل أن يكون ملك فلان فيجب دفعه له فيؤمر بالدفع إليه خانية ، وكذا رد الوديعة لأنه من باب دفع الأمانة إلى أهلها وهو قادر فيجبره عليه ، وهل يبرأ الموكل عن عهدة ضمانها بمجرد الدفع للوكيل أولا إلا إذا وصلت للمالك لم أره ، والظاهر الثانى إلا إذا كان وكيلا من جانب المالك فى استردادها فحينئذ يبرأ الغاصب من ضمانها بمجرد الدفع له .

غاب . أو ببيع رهن شرط فيه أو بعده فى الأصح ، أو بخصومة بطلب المدعى وغاب المدعى عليه أشباه خلافا لما أفتى به قارئ الهداية .

قلت : وظاهر الأشباه أن الوكيل بالأجر يجبر

قال فى الأشباه : والمغصوب والأمانة سواء لكن لايجب عليه الحمل اهحموى أفاده ط. قال بعض الفضلاء: قد عبر عن هذا فى البحر بقوله ومن أحكامه أنه لاجبر عليه فى فعل ما وكل به إلا فى رد وديعته بأن قال ادفع هذا الثوب إلى فلان الخ وعزاه للمحيط وهذا هوالظاهر لأن ماهنا صادق بما إذا دفع له عينا لقضاء دينه فيناقى ماسيذكره بعد أسطر بقوله وقضاء دين فلان الخ اه (قوله شرط فيه أو بعده) أى سواء شرط فى عقد الرهن التوكيل بالبيع أو بعده . قال فى نور العين : لولم يشرط التوكيل بالبيع فى عقد الرهن وشرط بعده ، قيل لايجبر ، وقيل يجبر . وهذا أصح اه .

أقول : وجه الجبر خشية أن يتوى حق المرتهن وهل قيد الغيبة المعتبرة فى المعطوف عليه معتبر فى المعطوف أو ليس معتبرا ؛ قيل الظاهر الأول لأن الموكل بغيبته صار معتمدا على الوكيل فيتضرر بامتناع الوكيل عن الفعل لو لم يجبر عليه ذكره الحموى . قال النسفى رحمه الله تعالى هذا إذا كان التسليط على البيع مشروطا فى عقد الرهن ، فإن كان بعد تمام الرهن ذكر شمس الأئمة السرخسى أنه فى ظاهر الرواية لايجبر العدل على البيع لأن رضا المرتهن بالرهن قد تم بدونه وهو توكيل مستأنف ليس فى ضمن عقد لازم .

وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى أن التوكيل بالبيع بعد الرهن يلحق بأصل العقد ويصير كالمشروط فيه قال شيخ الإسلام خواهر زاده وفخر الإسلام البزدوى : هذه الرواية أصح ، لأن محمدا رحمه الله تعالى أطلق الجواب فى الجامع الصغير والأصل ، ولم يفصل بين أن يكون البيع مشروطا أو غيره ، فظاهر ما أطلق يدل على أنه مجبر فى الحالتين اه من تنوير البصائر (قوله بطلب المدعى) متعلق بوكله المقدر ، والمراد أن المدعى عليه وكل بطلب المدعى وإنما أجبر الوكيل فيها لتعلق حق الغير وهو المدعى بالوكيل ولو لم يجبر بعد غيبة الموكل لتضرر المدعى غاية الضرر مع تعلق حقه بالوكيل ط . قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى : أشار إلى أن المراد بوكيل الخصومة وكيل المدعى عليه فقول الدرر وكيل خصومة او أبى عنها لا يجبر عليها لأنه وعد أن يتبرع ينبغى أن يخص بوكيل المدعى كما يفهم مما هنا كما نبه عليه فى نور العين . ويبعده قوله إذا غاب المدعى فالأحسن ماسنذكره بعد . وسيذكر بيانه فى باب عزل الوكيل (قوله خلافا لما أفتى به قارئ الهداية) هذا مرتبط بقول المصنف المار والوكيل بقضاء الدين لا يجبر عليه .

قال فى المنح أقول : ما ذكره مولانا من أنه لا يجبر وهو الذى عوّلنا عليه فى هذا المختصر مخالف لما أفتى به شيخ الإسلام سراج الدين قارئ الهداية ، حيث سئل هل يحبس الوكيل فى دين وجب على موكله إذا كان للموكل مال تحت يده : أى يد وكيله وامتنع الوكيل من إعطائه سواء كان الموكل حاضرا أو غائبا ؛ فأجاب إنما يجبر على دفع ما ثبت على موكله من الدين إذا ثبت أن الموكل أمر الوكيل بدفع الدين أو كان كفيلا به وإلا فلا يحبس اه . قال الطحطاوى : والذى فى تنوير البصائر أن عدم الجبر إنما هو إذا كان مأمورا بالدفع من مال نفسه وهو مراد قارئ الهداية فيكون هو المعتمد (قوله قلت وظاهر الأشباه الخ) الذى فى الأشباه هو أنه لا يجبر الوكيل بغير أجر على تقاضى الثمن وإنما يحيل الموكل اه . ويستفاد هذا من قول الشارح لكونه متبرعا قبل الاستثناء ، فافهم أنه إذاكان بأجر يجبر ، ولذا قال بيرى زاده فى حاشيته : أما إذا كان بأجر كالدلال والسمسار

فتدبر ، ولا تنس مسألة واقعة الفتوى وراجع تنوير البصائر فلعله أوفى .

وفى فروق الأشباه : التوكيل بغير رضا الخصم لا يجوز عند الإمام إلا أن يكون الموكل حاضرا بنفسه

والبياع يجبر على استيفاء الثمن ذكره الصدر الشهيد كما فى الذخيرة : وفى الصغرى لأن من سواهم متبرع ، فإن فعل فبها ، وإن امتنع لا .

قال صاحب الأشباه : وإنما يحيل الموكل أى يقال له أحل الموكل على المشترى اه وقد صرحوا به فى المضاربة بعد التفاسخ أنه إذا كان فى المال ربح يجبر المضارب على تقاضى الديون وإلا لا يوكل رب المال بتقاضيه وهذا غير ما نحن فيه ، وهو ما إذا امتنع عن مباشرة ما وكل به أنه لا يجبر عليه ، ليس فى الأشباه ما يدل على أنه يجبر بل هو متوقف على صحة عقد الإجارة فى مثله ، فإن صح العقد أجبر للخروج عن عهدة ما استؤجر عليه فليراجع فإن صحة الإجارة موقوفة على كون المنفعة المستأجر عليها معلومة تأمل .

ثم رأيت فى الأشباه ذكر فى الفن الثالث فيما افترق فيه الوكيل والوصى أنه لو استأجر الموكل الوكيل ، فإن كان على عمل معلوم صحت وإلا لا اه .

وفى شرح المجمع لابن أبى الضياء بعد كلام : وأما الذى يبيع بالأجر كالبياع والسمسار فيجعل كالإجارة صحيحة بحكم العادة ويجبر على التقاضى والاستيفاء لأنه وصل إليه بدل عمله كالمضارب إذا كان ربح يجبر على التقاضى واستيفاء الثمن ، ولو ضمن العاقد لرب المال هذا الدين لم يجز لأنه أمين اه ومثله فى الحموى (قوله فتدبر) أى بزيادة هذه على المستثنى (قوله ولا تنس الخ) أى زدها على المستثنى أيضا (قوله واقعة الفتوى) أى السابقة آنفا ، وهى ما إذا وكله بقضاء الدين مما له عليه فتصير المستثنيات خمسة بضم الوكيل بالأجر ، ولعله أراد بها ما ذكره فى الخانية : رجل أكرى جمالا إلى بلخ وحمل حمولات على الجمال وأمر الجمال بتسليم الحمولات إلى وكيله ببلخ ويقبض الكراء منه فجاء الجمال بالحمولات إلى الوكيل ببلخ فقبل الوكيل الحمولات وأدّى بعض الكراء وامتنع عن أداء الباقى قال : إن كان لصاحب الحمولات دين على الوكيل وهو يقر بالدين والأمر يجبر على دفع الباقى من الكراء وإن أنكر الأمر يحلفه بالله ما يعلم أن صاحب الحمولات أمره بالقبض ، وإن لم يكن له دين على الوكيل لا يجبر .

قال العمادى فى فصوله بعد نقله لما ذكر عن قاضيخان : والفرع الأخير من هذه المسألة دليل على أن الوكيل بقضاء الدين من مال الوكيل لا يجبر على أداء الدين إذا لم يكن للموكل على الوكيل دين ، والمسألة كانت واقعة الفتوى اه من المنح ، فيحتمل قوله والمسألة الخ أن يكون من كلام العمادى أو من كلام صاحب المنح ولعلها هى التى أرادها الشارح ، ولا تنس ما قدمناه عند قول الشارح أو مال موكله (قوله فلعله أوفى) عبارته وظاهر إطلاق المؤلف أنه لا فرق بين أن يكون مأمورا بقضاء الدين من مال نفسه أو من مال الآمر وليس كذلك فإنه إذا كان مأمورا بقضاء الدين من مال نفسه لا يجبر ، ولو وكله من مال الآمر يجبر . قال فى الفصول العمادية : وكذلك لا يجبر الوكيل على البيع ، وكذا المأمور بقضاء الدين من مال نفسه .

وفى متفرقات كفالة الذخيرة : إذا قبل الإنفاق أو قضاء الدين من مال نفسه ثم امتنع لا يجبر إذا كان وكيلا بقضاء الدين وقبل الوكالة اه . ثم قال : فقد ظهر لك أن الذى ذكره المصنف محله ما إذا كان مأمورا بقضاء الدين من مال نفسه ، وهو إطلاق فى محل التقييد ، وهو غير مناسب . وبما ذكرنا ظهر لك أن الذى فى خلاصة الفتاوى محمول على ما إذا كان مأمورا بقضائه من مال الآمر وحينئذ يتضح الحال اه ط (قوله وفى فروق الأشباه) هذه المسألة مكررة مع ما تقدم أول كتاب الوكالة اه ح أى إلا قوله حاضرا بنفسه ، وانظر ما معنى

أو مسافرا أو مريضا أو مخدرة .

(الوكيل لا يوكل إلا بإذن آمره) لوجود الرضا (إلا) إذا وكله (فى دفع زكاة) فوكل آخر ثم وثم ، فدفع الأخير جاز ولا يتوقف. بخلاف شراء الأضحية أضحية الخانية (و) إلا الوكيل (فى قبض الدين) إذ وكل من فى عياله صح ابن ملك

هذا فإنى لم أر من ذكره ، بل المذكور تعذر حضوره شرط كما مر ، ومع هذا فلا مناسبة هنا ، وقد تتبعت فروق الأشباه فلم أرها فيها ، وإنما فيها ما افترق فيه الوكيل والوصى ، ولا يستحق الوكيل أجرة على عمله ، بخلاف الوصى .

وفى الخانية : ولو استأجر الموكل الوكيل ، فإن كان على عمل معلوم صحت وإلا لا اه فلعله سبق قلم (قوله الوكيل لا يوكل إلا بإذن آمره) لأنه فوّض إليه التصرف دون التوكيل به وقد رضى برأيه دون غيره ، والناس مختلفون فى الآراء ، والمراد أنه لا يوكل فيما وكل فيه ، فخرج التوكيل بحقوق العقد فيما ترجع فيه الحقوق إلى الوكيل فله التوكيل بلا إذن لأنه أصيل فيها ولذا لا يملك الموكل نهيه عنها ، وصح توكيل الموكل كما قدمناه بحر. وفيه : وخرج عنه ما لو وكل الوكيل بقبض الدين من فى عياله فدفع المديون إليه فإنه يبرأ لأن يده كيده ذكره الشارح فى السرقة اه وذكر الثانى المصنف . قيل هل المراد عدم الجواز من كون الوكيل لا يوكل إلا بإذن : أى عدم الحل أو عدم الصحة . فإن أريد الأول لا يناقض ما سيأتى عن قريب ، وإن أريد الثانى ناقضه . وستقف على الآتى يعنى قول الأشباه : الوكيل إذا وكل بغير إذن أو تعميم وأجاز ما فعله وكيله نفذ .

ووجه المناقضة أن الموقوف قسم الصحيح . قال العلامة الرملى : المراد نفى النفاذ لا نفى الصحة ، حتى لو وكل بدونهما فأجاز الموكل نفذ فيكون فضوليا ، يعلم هذا من قولهم كل ما صح التوكيل به إذا باشره الفضولى يتوقف اه .

قلت : ويعلم مما نذكره قريبا (قوله لوجود الرضا) تعليل لمحذوف تقديره فيصح التوكيل (قوله فى دفع زكاة) لأن المقصود منها البراءة من سمة البخل فى حق المزكى ونفع الفقير القابض لها فلذا جاز النيابة فيها عند العجز والقدرة ، ولا فرق فى ذلك بين نائب ونائب ، وأطلق فى دفع الزكاة فشمل الدفع المعين وغير معين (قوله بخلاف شراء الأضحية) أى إذا وكل الوكيل فيها فاشترى فإنه يكون موقوفا على إجازة الأول إن أجاز جاز وإلا فلا ، وكذلك وكيل الوكيل لو وكل غيره ثم وثم فاشترى الأخير يكون موقوفا على إجازة الأول ، إن أجاز جاز وإلا فلا بحر عن الخانية ، لأن الوكيل بالشراء ليس له أن يوكل إلا بالشروط المذكورة. ولا يقال: إن الأضحية مقصود بها الأجر ، لأن الإنسان لا يرضى بالشراء بأزيد من القيمة ولا شراء المزيلة بثمن السوينة ولأن القربة تقوم بإراقة الدم وتعظيم الأجر بحسن الأضحية ، وله أن ينتفع باللحم فإذا اختار نائبا غيره ليس له أن ينيب غيره إلا بإذنه لأنه قد اعتمد رأيه (قوله من فى عياله صح) ويبرء المديون بالدفع إليه لأن يده كيده فلو لم يكن فى عياله لا يصح التوكيل ، فلو هلك من يده كان للآمر الرجوع بدينه على المديون . وفيه أن وكل لا يتعدى باللام ولا وجه لزيادتها فالأولى حذفها . وعبارة الأشباه : إلا الوكيل بقبض الدين له أن يوكل من فى عياله ولا غبار عليها ، وما ذكره المصنف مخالف لما فى جامع الفصولين من الفصل الرابع والثلاثين من أن الوكيل بقبض الدين لا يوكل غيره لتفاوت الناس فى القبض اه .

قال الحموى : ويمكن التوفيق بأن يحمل ما فى جامع الفصولين على ما إذا وكل بالقبض من ليس فى عياله

(وإلا عند تقدير الثمن) من الموكل الأول (له) أى لوكيله فيجوز بلا إجازته لحصول المقصود درر .

لما فى القنية : وكله بقبض دينه فوكل الوكيل فقبضه وهلك فى يده ، فإن كان الوكيل الثانى من عيال الأول لا يرجع الدائن على أحد وإلا يرجع على المديون بدينه اه وذكره الزيلعى فى السرقة ، وعزاه فى البحر إلى وكالة الخزانة (قوله وإلا عند تقدير الثمن الخ) أى لو عين ثمنه لوكيله فله أن يوكل به لعدم الاحتياج إلى رأى أما لو وكله بشراء فينبغى أن يعين المشترى أيضا لأنه رضى برأيه واختياره فليس له أن يفوض إلى غيره ، ولا شك أن المشترى تتفاوت أفراده ، وهذا تقرير كلام الشارح ، وقد تبع فيه صاحب الدرر . والذى جرى عليه المصنف فى شرحه هو تعيين الوكيل لوكيل وهو صريح كلام الهداية ، وقال : إن الرأى يحتاج إليه لتقدير الثمن ظاهرا أى من الوكيل وقد حصل. وقال : أما إذا لم يقدر الثمن وفوّض إلى الأول كان غرضه رأيه فى معظم الأمر وهو التقدير فى الثمن ، كذا فى الهداية ، فقد جعل معظم الأمر تقدير الثمن ، وجعل اختيار المشترى تابعا فأفاد أنه لا فرق بين الوكيل بالبيع والشراء ، وهو محل تأمل فى وكيل الشراء .

ونقل عن منية المفتى : إذا باع الثانى بثمن عينه الموكل جاز بغيبة الأول. وفى الأصح لا إلا بحضرة الأول وهى مسألة الشارح التى تبع فيها صاحب الدرر .

فإن قيل : كيف يصح إذا عين الوكيل الأول الثمن لوكيله ولا يصح إذا عين الوكيل لوكيله .

الجواب : إن الموكل إذا قدر الثمن لوكيله علم أنه يقصد رأيه فى غير الثمن إذ القصد من التوكيل الانتفاع برأى الوكيل ، وأما إذا لم يعين الثمن كان مقصوده رأى الوكيل فى تقديره إذ هو معظم الأمر كما تقدم عن الهداية فإذا قدره الوكيل لوكيله فقد حصل المقصود .

فإن قيل : كيف يوكل للوكيل بدون تقدير ثمن مع تقدير الموكل ولابد من موافقة تعيينه ؟

الجواب : يصح حيث وافق وكيله تقديره موكله من غير قصد فليتأمل ويأتى تمامه وتوضيحه قريبا (قوله من الموكل الأول) مخالف لما فى البحر وللتعليل كما ظهر مما ذكرناه والموافق لما فى البحر أن يقول من الوكيل الأول له ، أى للوكيل الثانى (قوله أى لوكيله) أفاد اقتصاره على هذه المسائل أن الوكيل فى النكاح ليس له التوكيل ، وبه صرح فى الخلاصة والبزازية والبحر من كتاب النكاح ، وتقدم فى باب الولى فراجعه خلافا لما قاله ط هناك بحثا من أن له التوكيل قياسا على هذه المسألة الثالثة فافهم . ثم رأيت فى شرح المجمع عازيا للمنتقى : وكيل النكاح والخلع والكتابة كوكيل البيع اه (قوله لحصول المقصود) لأن الاحتياج فيه إلى الرأى لتقدير هذا الثمن ظاهر وقد حصل ، بخلاف ما إذا وكل وكيلين وقدر الثمن لأنه لما فوّض إليهما مع تقدير الثمن ظهر أن غرضه اجتماع رأيهما فى الزيادة واختيار المشترى كما مر هداية .

وفى منية المفتى : وقيل إذا باع الثانى بثمن عينه الموكل جاز بغيبة الأول. وفى الأصح لا إلا بحضرة الأول اه.

قال فى البحر : ولا مخالفة بين ما فى الهداية وما صححه فى المنية لأن الأول فيما إذا قدر الوكيل الثمن لوكيله، والثانى فيما إذا قدر الموكل الأول لوكيله كما لا يخفى اه .

قال الرملى : هذا غير صحيح بل بينهما مخالفة : إذ فى المسألة اختلاف الرواية . قال فى الكفاية عند قول صاحب الهداية : ولو قدر الأول الثمن للثانى فعقد بغيبته يجوز ، أطلق الجواز وهو رواية كتاب الرهن ، وقد اختارها لأن الرأى يحتاج فيه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل . وفى كتاب الوكالة : لايجوز لأن تقدير الثمن لمنع النقصان لا لمنع الزيادة و، مما يزيد الأول على هذا الثمن لوكان هو المباشر للعقد اه . وفى التاترخانية نقلا عن

(والتفويض إلى رأيه) كاعمل برأيك (كالإذن) فى التوكيل (إلا فى طلاق وعتاق) لأنهما مما يحلف به فلا يقوم غير مقامه قنية (فإن وكل) الوكيل غيره (بدونهما) بدون إذن وتفويض

الخانية : وإن كان بغير محضر من العدل وبين الثمن للوكيل بالبيع فوكل الوكيل غيره فباعه الثانى بذلك الثمن ذكر فى رواية أنه يجوز كما ذكر فى كتاب الرهن . وفى عامة الروايات لا يجوز وإن بين الثمن مالم يجز المالك أو الوكيل الأول اه فكيف مع هذا يحمل على اختلاف الموضوع وقد ظهر بقول صاحب المنية . وفى الأصح لا إلا بحضرة الأول وبقول الخانية وفى عامة الروايات لا يجوز ضعف ما فى الهداية ، ووجهه ظاهر لأن التقدير يمنع النقصان لا الزيادة واختيار المشترى خصوصا إذا كان الثمن مؤجلا لتفاوته فى الذمم والاحتياج إلى الرأى فى ذلك كما هو واضح فتأمل .

وفى الخانية أيضا : رجل وكل رجلا أن يبيع له هذا الثوب بعشرة دراهم فوكل الوكيل بذلك غيره فباعه الثانى بحضرة الأول . روى عن أبى يوسف أنه يجوز هذا البيع كان الوكيل الأول حاضرا أو غائبا ، ولايتوقف على الإجازة . وقال أبو حنيفة ومحمد : لايجوز كان الوكيل الأول حاضرا أو غائبا . وقال ابن أبى ليلى : يجوز كان الوكيل الأول حاضرا أو غائبا لأن الموكل رضى بزوال ملكه بالثمن المقدر اه فهو مؤيد لما قلناه فتدبر اه كلام الرملى .

قلت : وفيه نظر إذ لا شك فيما قاله المؤلف من أن ما فى الهداية تقدير الثمن من جهة الوكيل ، وما فى المنية من جهة موكله . وغاية ما نقله المحشى وجود خلاف فى الأولى ، ولا يلزم منه وجوده فى الثانية إلا بنقل صريح نعم على تقدير عدمه يحتاج إلى الفرق بين المسألتين ، وهو ظاهر من كلام الهداية كما قدمناه قريبا ، وذلك أن عند تقدير الثمن من الموكل لوكيله يظهر أن غرضه حصول رأيه فى الزيادة الخ (قوله والتفويض) فى البحر عن البزازية : قيل للوكيل اصنع ما شئت له التوكيل ؛ ولو قال الوكيل ذلك لوكيله لا يملك الثانى توكيل ثالث ، ولو قال السلطان استخلف من شئت له الاستخلاف أيضا ثمة وثمة (قوله إلا فى طلاق وعتاق) إلى آخر المعاطيف هذا بالنظر إلى التفويض . وأما إذا أذن له صريحا فى التوكيل بها فلا شبهة فى الصحة (قوله لأنهما مما يحلف به) فيصح تعليقه بالشرط فكان التوكيل به تعليقا بإيقاعه ، فلا يقع بإيقاع غيره لا فرق أن يكون ذلك بحضرته أو غيبته أجازه أولا ، لأنه لم يعلقه بإجازته بل بإيقاعه ، هذا بالنظر إلى التفويض . وأما إذا أذن له صريحا فى التوكيل بها فلا شبهة فى الصحة . قال فى منية المفتى : التوكيل باليمين وبالطلاق جائز اه (قوله قنية) محصل ما فيها أن الإذن فى التوكيل بقوله اصنع ماشئت يختص بما يصح التوكيل به كالبيع والشراء دون مالايصح التوكيل فيه كالطلاق فإنه مما يحلف به أى فيصح تعليقه بالشرط فلا يقوم غيره مقامه ، بخلاف البيع فإنه لايحلف به فيقوم غيره مقامه اه .

وحاصل ما يقال فى التفويض : لوقال رجل لآخر فوّضت أمر مالى إليك صار وكيلا فى الحفظ ، ولوقال : فوضت أمرى إليك ، قيل باطل ، وقيل يصير وكيلا بالحفظ والنفقة ، ولو قال أنت وكيلى فى كل شىء جائز أمرك فهو وكيل بالحفظ والبيع والشراء والهبة والصدقة لأنه فوّض إليه التصرفات عاما فصار كأنه قال ماصنعت من شىء فهو جائز فيملك أنواع التصرفات ، وعليه فلو طلق امرأته يصح .

قال أبو نصر : لو طلق الوكيل امرأة الموكل فى هذه الصورة أو وقف أرضه لا يجوز ، وبه أخذ الفقيه أبو الليث ، وهكذا كان يقول لمن قال لغيره وكلتك فى أمورى ؛ لأن الوكيل لو طلق امرأته أو أعتق أو وقف

(فعل الثانى) بحضرته أو غيبته (فأجازه) الوكيل (الأول صح) وتتعلق حقوقه بالعاقد على الصحيح (إلا فى) ما ليس بعقد نحو (طلاق وعتاق) لتعلقهما بالشرط فكأن الموكل علقه بلفظ الأول دون الثانى (وإبراء) عن الدين قنية

أرضه لا يجوز ، وكان يقول : لا نراه بمثل هذا التوكيل توكيلا بالطلاق والعتاق . وكان الصدر الشهيد وتاج الدين يستحسن قول الفقيه أبى النصر وعن أبى حنيفة ما يؤكد هذا فإنه قال فى هذه الصورة ، هذا توكيل بالمعاوضات دون الهبات والإعتاق ، وبه يفتى من التتارخانية .

والحاصل أن التفويض ينتظم به التوكيل كالإذن ، ولا ينتظم الطلاق والعتاق على ما فيه من الخلاف (قوله ففعل الثانى بحضرته) لأن المقصود حضور رأيه وقد حصل وترجع الحقوق إلى الثانى فى الأصح كما يذكره الشارح لأنه العاقد . وقيل إلى الأول لأن الموكل رضى بلزوم العهدة للأول ، وظاهر كلامه الإكتفاء بالحضرة وهو قول البعض ، والعامة على أنه لابد من إجازة الوكيل أو الموكل وأن حضرة الوكيل الأول لا تكفى كما فى النهاية والسراج والخانية قيد بالعقد احترازا عن الطلاق والعتاق لأنهما يقبلان التعليق بالشرط فكأن الموكل علقه بلفظ الأول . قال فى البحر : ويزاد الإبراء عن الدين كما سيذكره المصنف ، فإذا وكله بأن يبرئ غريمه فوكل الوكيل فأبرأه بحضرة الأول لم يصح ويزاد الخصومة وقضاء الدين كما يذكره المصنف ، فلا تكفى الحضرة كما فى شرح المجمع ، ويخالفه فى الخصومة ما فى الخانية الخ البحر ، ومنه يعلم ما فى كلام الشارح من الإيهام ، إذ ظاهر كلامه يفيد أن الاكتفاء بالحضرة فى غير الخصومة أيضا بالنسبة للخانية وليس كذلك كما نبه عليه أبو السعود (قوله فأجازه الوكيل الأول صح) وهو المعتمد لأن توكيل الوكيل لما لم يصح التحق بالعدم فيكون الثانى فضوليا لا يتم بمجرد حضرة الأول حتى يجيزه ، وقيل تكفى الحضرة من غير توقف على الإجازة ، لأنه إنما فعل بأمره وبحضرته فأغناه عن الإجازة .

أقول : هذا إذا لم يبين الثمن كما فى شرح المجمع لابن ملك ، فإن كان بينه جاز بلا إجازته اه يعنى لو قدر الوكيل للثانى ثمنا ، بأن قال بعه بكذا فباعه الثانى بغيبته جاز بلا إجازة الأول ، وهذه رواية كتاب الرهن ، ووجهها أن مقصود الموكل أن يكون البيع برأى الوكيل الأول ، وإذا قدر ثمنا فهو بيع برأيه ، وهذا بخلاف ما لو وكل وكيلين وقدر الثمن فباع أحدهما بذلك الثمن حيث لم يجزه لأن المقصود هنا اجتماع رأيهما فى الزيادة واختيار المشترى ، وعلى رواية كتاب الوكالة لا يجوز لأن الأول لو كان هو الذى يباشر ربما يبيع بالزيادة على ذلك المقدار لذكائه وهدايته كما فى حواشى الأشباه (قوله لتعلقهما بالشرط) أى لجواز تعلقهما بالشرط بخلاف البيع (قوله فكأن الموكل علقه بلفظ الأول دون الثانى) أى فلا يوجد بإيقاع الثانى ولا بإجازة الأول وحضوره لا يكفى ، لأنه لم يعلق بذلك كما مر .

والحاصل أن الوكيل بالطلاق وما شاكله رسول لأنه لا عهدة عليه ، والرسالة نقل عبارة المرسل فإذا أمر غيره فإنما أمر بنقل ملك الغير فلا يصح الأمر ، وإذا لم يصح صار وجوده وعدمه سواء ، فأما الوكيل فى باب البيع أمر الثانى بما يملكه لأنه أمره بالبيع وهو مالك للبيع بنفسه ، فإن العبارة فى البيع له حتى كأن حقوق العقد له ، وكان ينبغى أن يصح البيع الثانى حال غيبة الأول إلا أنه لم يصح لأنه لم يحضر هذا البيع رأيه والموكل إنما رضي بزوال ملكه إذا حضر رأى الأول كما فى حاشية الحموى (قوله وإبراء عن الدين) هذا معطوف على

(وخصومة وقضاء دين) فلا تكفى الحضرة ابن ملك خلافا للخانية (وإن فعل أجنبى فأجازه الوكيل) الأول (جاز إلا فى شراء) فإنه ينفذ عليه ، ولا يتوقف متى وجد نفاذا (وإن وكل به) أى بالأمر أو التفويض (فهو) أى الثانى (وكيل الآمر) وحينئذ (فلا ينعزل بعزل موكله أو موته وينعزلان بموت الأول) كما مر فى القضاء .

طلاق وتقدم مثاله قريبا . قال فى البحر : وكان ينبغى أن يصح لأنه لا يقبل التعليق بالشرط كالبيع اه (قوله وخصومة وقضاء دين) نقله المصنف عن شرح المجمع .

قال : ويخالفه مافى الخانية ، وإن خاصم الوكيل الثانى والموكل حاضر جاز لأن الأول إذا كان حاضرا كأن الأول خاصم بنفسه كالوكيل بالبيع اه ولذا قال الشارح ابن ملك خلافا للخانية ، ولا يظهر وجه مانقله عن القنية وابن ملك لاسيما وقد خالف الخانية والشارحين كما نبهنا عليه قريبا (قوله خلافا للخانية) راجع إلى الخصومة فقط كما قيده فى المنح والبحر وتقدمت عبارتها (قوله وإن فعل أجنبى) أى ماوكل به وكيلا فأجازه الوكيل الأول جاز ظاهره أن الأجنبى وكيل ثان وهو كذلك مآلا لأن الفضولى بعد إجازة عقده يصير وكيلا لما علم أن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة وترجع الحقوق إلى الثانى على الصحيح لأنه هو العاقد كما فى مسألة العقد بالحضرة كما فى البحر (قوله جاز) أى ولو فى النكاح على مافى الذخيرة آخرا ، ويؤيده إطلاق المتون والشروح ، وكذا مايأتى قريبا عن منية المفتى والأشباه من التصريح به وأن عليه الفتوى (قوله فإنه ينفذ عليه) أى على الوكيل الأول(١) بحر عن السراج ، وظاهره جواز فعل الأجنبى فى كل شىء ماعدا الشراء وليس كذلك .

قال فى منية المفتى : وكل بالطلاق أو العتاق ففعل الأجنبى فأجاز لم يجز لأن المطلوب عبارته ، وكذا لو وكل الوكيل فطلق الثانى بحضرة الأول ، بخلاف الوكيل بالبيع والنكاح والخلع والكتابة إذا وكل وفعل الثانى بحضرته أو فعل أجنبى جاز اه ونقله فى الأشباه ، وعليه فكان الأولى زيادة الطلاق والعتاق فى الاستثناء (قوله ولا يتوقف متى وجد نفاذا) أى فلا يتصور أن يكون فضوليا فى الشراء لأنه يقع لنفسه ، فلا يتصور فيه الإجازة وتقدم فى فصل الفضولى أنه لو اشترى لغيره نفذ عليه إلا إذا كان المشترى صبيا أو محجورا عليه فيتوقف لأنه لم يجد نفاذا على العاقد ، وهذا إذا لم يضفه إلى غيره ، فلو أضافه بأن قال بعنى هذا العبد لفلان أو اشتريته لفلان توقف على إجازته (قوله وإن وكل) أى الوكيل (قوله به أى بالأمر) أى وكالة ملتبسة بالأمر بالتوكيل : أى بالإذن به (قوله فهو أى الثانى وكيل الآمر) فللآمر إخراجه سواء كان الوكيل الأول حيا أو ميتا بحر (قوله فلا ينعزل بعزل موكله) يصح أن يكون من إضافة المصدر لفاعله أو مفعوله ، وعلى الأول معناه فلا ينعزل بأن يعزله موكله أى لايكون له أن يعزله كما صرح به العينى ، وعلى الثانى أى لاينعزل بانعزاله (قوله وينعزلان) أى الوكيل الأول والثانى (قوله بموت الأول) أى الموكل الأول وكان الأولى التصريح به ح . قال الزيلعى : وهو نظير استخلاف القاضى حيث لايملكه إلا بإذن الخليفة ، ثم لاينعزل بعزل القاضى الأول ولا بموته ، وينعزلان بعزل الخليفة لهما ، لكن لاينعزلان بموته .

والفرق : أن الخليفة عامل للمسلمين فلا ينعزل القاضى الذى ولاه هو أو ولاه القاضى بإذنه والموكل عامل لنفسه فينعزل وكيله بموته لبطلان حقه اه (قوله كما مر فى القضاء) بأن نائب القاضى لاينعزل بعزله ولا بموته

---

(١) أى على الوكيل الأجنبى اه منه .

وفى البحر عن الخلاصة والخانية : له عزله فى قوله اصنع ما شئت لرضاه بصنعه وعزله من صنعه ، بخلاف اعمل برأيك . قال المصنف : فعليه لو قيل للقاضى اصنع ما شئت فله عزل نائبه بلا تفويض العزل صريحا لأن النائب كوكيل الوكيل .

واعلم أن الوكيل وكالة عامة مطلقة مفوضة إنما يملك المعاوضات لا الطلاق والعتاق أو التبرعات به يفتى زواهر الجواهر وتنوير البصائر .

(قال) لرجل (فوضت إليك أمر امرأتى صار وكيلا بالطلاق وتقيد) طلاقه (بالمجلس ، بخلاف قوله وكلتك) فى أمر امرأتى فلا يتقيد به درر . من لا ولاية له على غيره لم يجز تصرفه فى حقه وحينئذ (فإذا باع عبد أو مكاتب أو ذمى) أو حربى

(قوله وفى البحر الخ) كالاستدراك على قوله فلا ينعزل بعزل موكله . والذى فى البحر نسبة أن الثانى صار وكيل الموكل ، فلا يملك عزله فيما إذا قال اعمل برأيك إلى الهداية ، ونسبة أن له عزله فى قوله اصنع ماشئت إلى الخلاصة ثم قال : وهو مخالف للهداية إلا أن يفرق بين اصنع ماشئت وبين اعمل برأيك ، والفرق ظاهر . وعلل فى الخانية بأنه لما فوضه إلى صنعه فقد رضى بصنعه وعزله من صنعه اه فليس فى كلام الخلاصة والخانية التصريح بمخالفة أحدهما للآخر فيحتمل أن فى المسألة قولين ، ودعوى صاحب البحر ظهور الفرق غير ظاهرة ، لما فى الحواشى اليعقوبية والحواشى السعدية أنه ينبغى أن يملكه فى صورة اعمل برأيك لتناول العمل بالرأى العزل كما لايخفى فتأمل اه .

وفى منية المفتى : وكل الوكيل وقد قيل له اعمل برأيك صار الثانى وكيل الموكل ، وينعزل الأول والثانى بموت الموكل ولا ينعزل الثانى بموت الأول وانعزاله ، ويملك الأول عزل الثانى اه (قوله وعزله من صنعه) مبتدأ وخبر ، يعنى لما فوضه إلى صنعه فقد رضى بصنعه وعزله من صنعه (قوله بخلاف اعمل برأيك) أى فإنه لايملك عزله لأن العزل كف عن العمل ، وبحث فيه فى الحواشى اليعقوبية والسعدية كما علمت . قال المصنف : والفرق ظاهر ، وعلله قاضى خان بأنه لما فوّضه إلى صنعه فقد رضى بصنعه وعزله من صنعه اه (قوله واعلم) تكرار مع ماتقدم أول الكتاب .

وحاصل مايقال : إن الوكيل وكالة عامة يملك كل شىء إلا الطلاق والعتاق والوقف والهبة على المفتى به ، وينبغى أن لايملك الهبة والحط عن المديون لأنهما من قبيل التبرع ، وينبغى أن لايملك الإقراض والهبة بشرط العوض وإن كانا معاوضة انتهاء ، ويملك قبض الدين وإيفاءه واقتضاءه والدعوى بحقوق للموكل وسماع الدعوى بحق على الموكل والأقارير بالديون على الموكل ، ولا يختص بمجلس القاضى لأن ذلك فى الوكيل بالخصومة لاالعام (قوله زواهر الجواهر وتنوير البصائر) هما حاشيتان على الأشباه الأولى للشيخ صالح والثانية لأخيه الشيخ عبد القادر ولد الشيخ محمد بن عبدالله الغزى المصنف صاحب المنح (قوله وتقيد طلاقه بالمجلس) أى إن طلق بالمجلس صح وإلا لادرر (قوله فلا يتقيد به) فإن طلق بعده صح درر (قوله لم يجز تصرفه فى حقه) لأن صحة التصرف مبنية على الولاية ، لأن التفويض تمليك وهو مما يقتصر على المجلس ، فإذا انتفت الثانية انتفت الأولى درر (قوله فإذا باع عبد أو مكاتب أو ذمى أو حربى) قال الزيلعى : وأما المرتد فإن ولايته على أولاده وأموالهم موقوفة بالإجماع لأنها تبنى على النظر والنظر يجعل باتفاق الملة لأن اتحادهما داع إلى النظر وهو متردد فى الحال فوجب التوقيف فيه فإذا أسلم جعل كأنه لم يزل مسلما فينفذ تصرفه ، وإذا مات أو قتل على ردته تقررت جهة انقطاع الولاية فيبطل

عينى (مال صغيره الحر المسلم أوشرى واحد منهم به أو زوج صغيرة كذلك) أى حرة مسلمة (لم يجز) لعدم الولاية (والولاية فى مال الصغير إلى الأب ثم وصيه ثم وصى وصيه) إذ الوصى يملك الإيصاء (ثم إلى) الجد (أبى الأب ثم إلى وصيه) ثم وصى وصيه (ثم إلى القاضى) ثم إلى من نصبه القاضى ثم وصى وصيه.

نصرفه، بخلاف تزوجه بنفسه حيث لم يجز وإن أسلم بعد ذلك، لأن جواز النكاح يعتمد الملة ولا ملة للمرتد فلا يتوقف إذ لا مجيز له فى الحال، لأن شرط التوقف أن يكون له مجيز فى الحال فصار نظير إعتاق الصبى وطلاقه وهبته حيث لا يتوقف عليه إذ لا مجيز لها فى الحال وهو الولى أو القاضى فيتوقف، فإن أسلم نفذت فصح النكاح وإلا بطل بخلاف تصرفاته فى ماله عندهما لأنها تنبىء عن الملك وملكه قائم ثابت فى أمواله مادام حيا فينفذ بلا توقف اهـ (قوله عينى) وكأنه عدل عن قول الكنز كافر للاحتراز عن المرتد فإن ولايته على أمواله وأولاده موقوفة بالإجماع كما علمت، لكن يرد على المصنف أن الحربى كالذمى، والعذر له أنه إذا علم أن الذمى لا ولاية له علم أن الحربى كذلك بالأولى (قوله مال صغيره الحر) راجع إلى العبد والمكاتب، وقوله المسلم راجع إلى الذمى والحربى (قوله أو شرى واحد منهم به) أى بمال الصغير، قيد به لأنه لو شرى له بمال نفسه كان مشتريا لنفسه بحر (قوله لعدم الولاية) لأن شرطها على الصغير فى نفسه وماله حرية الولى مطلقا وإسلامه إن كان صغيرا مسلما وإلا لا، والرق والكفر يقطعان الولاية ألا ترى أن المرقوق لا يملك إنكاح نفسه فكيف يملك إنكاح غيره، وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل شهادته عليه قال الله تعالى — ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا — والمكاتب عبد ما بقى عليه درهم، ولا فرق أن يكون الكافر ذميا أو حربيا، وكذا لا ولاية لمسلم على كافرة فى نكاح ولا مال كما فى البحر فى كتاب النكاح، وتقدم هناك أيضا متنا وشرحا فليحفظ، قال الله تعالى — والذين كفروا بعضهم أولياء بعض — (قوله والولاية فى مال الصغير إلى الأب) إذا لم يكن سفيها، أما السفيه فلا ولاية له فى مال ولده أشباه فى القاعدة من الجمع والفرق، وليس للأب تحرير قنه بمال وغيره ولا أن يهب ماله بعوض ولا إقراضه فى الأصح كما فى جامع الفصولين. وللقاضى أن يقرض مال اليتيم والوقف والغائب، بخلاف وصى القاضى أو الأب فإنه ليس لهما إقراضه كما فى العدة (قوله ثم وصى وصيه) أى وإن بعد كما فى جامع الفصولين (قوله إذ الوصى يملك الإيصاء) سواء كان وصى الميت أو وصى القاضى، وفى الثانى خلاف منح. وظاهر هذا التعليل أن الوصى يملك الإيصاء ولو تعدد ط (قوله ثم وصى وصيه) قال فى المنح عن العمادية: ووصى الجد أبى الأب ووصى وصيه ووصى القاضى ووصى وصيه بمنزلة وصى الأب إلا فى خصلة، وهى أن القاضى إذا جعل وصيا فى نوع كان وصيا فى ذلك النوع خاصة والأب إذا جعل وصيا فى أى نوع كان وصيا فى الأنواع كلها اهـ. وفيها قال فى الكتاب: إذا مات الرجل وترك وصيا وأبا كان الوصى أولى من الأب، فإن لم يكن له وصى فالأب أولى اهـ (قوله ثم إلى من نصبه القاضى) ظاهره أن تصرف منصوب القاضى مع القاضى لا يصح مع أنهم صرحوا أن القاضى لا يتصرف مع الوصى ولو منصوبه لأن الولاية الخاصة مقدمة على الولاية العامة، وكأن المصنف لم يقصد إلا أن وصى القاضى قد استفاد الولاية منه فكان مؤخرا عنه بهذا الاعتبار مقدما عليه فى التصرف لما سمعت، وفهم من كلام المصنف أن وصى وصى القاضى لا يتصرف مع القاضى فقد صرح به فى المنح عن الخانية حيث قال: إذا كان غائبا، إذ الظاهر أن الضمير فى كان راجع إلى القاضى لأنه إنما يصير وصيا بموت الموصى. قال بعض الفضلاء: وتعبيره بثم يقتضى تأخيره عن القاضى، وهو مخالف لما سيأتى

(وليس لوصى الأم) ووصى الأخ (ولاية التصرف فى تركة الأم مع حضرة الأب أو وصيه أو وصى وصيه أو الجد) أبى الأب (وإن لم يكن واحد مما ذكر فله) أى لوصى الأم (الحفظ، و) له (بيع المنقول لا العقار) ولا يشترى إلا الطعام والكسوة لأنهما من جملة حفظ الصغير خانية.

[فروع] وصى القاضى كوصى الأب إلا إذا قيد القاضى بنوع تقيد به، وفى الأب يعم الكل عمادية.

فى كتاب المأذون من قوله ثم القاضى أو وصيه أيهما تصرف يصح فلذا لم يقل ثم (قوله وليس لوصى الأم ووصى الأخ) أى مثلا (قوله فى تركة الأم) الأنسب زيادة الأخ، والمراد بالتصرف مايعم الحفظ كما يؤخذ مما بعد، وانظر مامعنى زيادة الأخ هنا فإن كان الأب حيا فمات الأخ فتركته لأبيه، ولا شىء لأخيه حتى ينفى تصرف الوصى، وإنما تصرفه ذلك فيما إذا مات الأب وله وصى ثم مات الأخ وله وصى فلا يتصرف وصى الأخ مع وصى الأب (قوله وإن لم يكن واحد مما ذكر) أى من الأربعة، وظاهره أنه يملك ذلك مع وصى الجد والقاضى ووصيه.

وفى التنوير من كتاب المأذون ما نصه: ووليه أبوه ثم وصيه ثم جده ثم وصيه ثم القاضى أو وصيه دون الأم أو وصيها اهـ ط (قوله وله بيع المنقول) لأنه من الحفظ (قوله لا العقار) ظاهر أن الوصى يملك بيع العقار حيث لم يكن وصى الأم مع أن المصرح به عدمه إلا لمسوغ كأن يكون الثمن بضعف القيمة أو يكون فى يد متغلب أو أشرف على الخراب أو يكون على الميت دين فيملكه بقدر الدين أو يكون لنفقة الصغير أو اوصيه بدراهم مطلقة ليس لها نفاذ إلا من ثمن العقار أو تزيد مؤنته على غلته كما سيذكره الشارح فى كتاب الوصايا معزيا للدرر والأشباه.

وفى الواقعات، الأب إذا باع عقار ابنه الصغير بمثل القيمة، فإن كان الأب محمودا عند الناس يجوز وليس للابن نقضه بعد البلوغ بخلاف ما إذا كان فاسقا حيث يملك نقضه هو المختار.

قلت: والمسئلة مختلف فيها، فما هنا يبتنى على ظاهر الرواية من جواز بيعه بمثل القيمة قال الحلوانى: وهذا جواب السلف وما فى الدرر والأشباه من عدم جواز البيع إلا بأحد الأعذار المتقدمة جواب المتأخرين، قال فى الواقعات: وبه يفتى أفاده أبو السعود (قوله ولا يشترى إلا الطعام والكسوة الخ) قال فى البحر: وليس لوصى الأم ولاية التصرف فى تركة الأم مع حضرة الأب أو وصيه أو وصى وصيه أو الجد، وإن لم يكن واحد مما ذكر فله الحفظ وبيع المنقول لا العقار والشراء للتجارة، وما استفاده الصغير غير مال الأم مطلقا اهـ أى ليس لوصى الأم ولاية التصرف فى مال استفاده من غير الأم.

قال فى جامع الفصولين فى الفصل السابع والعشرين: لو لم يكن أحد منهم فله الحفظ، وبيع المنقول من الحفظ وليس له بيع عقاره ولا ولاية الشراء على التجارة إلا شراء مالابد منه من نفقة أو كسوة، وما ملكه اليتيم من مال غير تركة أمه فليس لوصى أمه التصرف فيه منقولا أو غيره.

والأصل فيه أن أضعف الوصيين فى أقوى الحالين كأقوى الوصيين فى أضعف الحالين: وأضعف الوصيين وصى الأم والأخ والعم، وأقوى الحالين حال صغر الورثة وأقوى الوصيين وصى الأب والجد والقاضى، وأضعف الحالين حال كبر الورثة ثم وصى الأم فى حال صغر الورثة كوصى الأب فى حال كبر الورثة عند غيبة الوارث فللوصى بيع منقوله لا عقاره كوصى الأب حال كبرهم اهـ (قوله ووصى القاضى) سبق ما فيه قريبا، وسيأتى فى كلام الشارح أنه مثله إلا فى ثمان صور، منها ليس لوصى القاضى الشراء لنفسه من مال الصغير (قوله عمادية) قال فيها وصى الجد أو الأب ووصى وصيه ووصى القاضى ووصى وصيه بمنزلة وصى الأب

وفى متفرقات البحر : القاضى أو أمينه لا ترجع حقوق عقد باشراه لليتيم إليهما بخلاف وكيل ووصى وأب، فلو ضمن القاضى أو أمينه ثمن ماباعه لليتيم بعد بلوغه صح بخلافهم .
وفى الأشباه : جاز التوكيل بكل مايعقده الوكيل لنفسه إلا الوصى فله أن يشترى مال اليتيم لنفسه لا لغيره بوكالة

إلا فى خصلة : وهى أن القاضى إذا جعل فى نوع تقيد به . وفى الأب كان وصيا فى الأنواع كلها (قوله لا ترجع حقوق عقد باشراه الخ) تقدمت هذه المسئلة وإنما أعادها ليفرع عليها : صحة ضمان القاضى أو أمينه دون الوكيل والوصى والأب لأن الحقوق لا ترجع إليه بخلافهم (قوله صح) لأن الحقوق لا ترجع إليهما لأنهما أجنبيان عن الحقوق بخلافهم فإن حق الإستيفاء لهم فلايصح ضمانهم لنفسهم (قوله بخلافهم) أى الأب والوصى والوكيل، فلو باع القاضى أوأمينه عبدا للغرماء وأخذ المال فضاع عنده واستحق العبد لم يضمن القاضى أوأمينه للمشترى ، وإنما يرجع على الغرماء لأنهما كالإمام ، وكل منهم لا يضمن كيلا يتقاعد الناس عن قبول هذه الأمانة بخلاف ما إذا أمر القاضى الوصى ببيع العبد والمسئلة بحالها ، فإن المشترى يرجع على الوصى ثم هو على الغرماء ، وكذا لو ضاع العبد من أحدهما قبل التسليم لا يضمن ولو قال أمينه بعت وقبضت الثمن وقضيت الغريم صدق بلا يمين وعهدة إلحاقا بالقاضى اه .

قال فى القنية فى باب بيع الأم والجد والوصى من كتاب البيوع ما نصه : العهدة على وصى الميت وعلى من جعله القاضى وصيا عن الميت، ولا كذلك إذا جعله أمينا فى أمور الميت لأن وصى القاضى نائب عن الميت وأمينه نائب عنه ولا عهدة عليه ، فالقاضى محجور عن التصرف فى مال اليتيم عند وصى الميت ، وعند من نصبه وصيا عن الميت ، بخلاف ما إذا جعله أمينا اه وأمين القاضى من يقول له القاضى جعلتك أمينا فى بيع هذا العبد مثلا، وأما إذا قال بع هذا العبد ولم يزد عليه اختلف المشايخ فيه، والصحيح أنه تلحقه عهدته كما فى الولوالجية والعهدة كما فى القاموس : الرجعة ، والمراد بها هنا الرجوع كما فى الحواشى الحموية (قوله وفى الأشباه جاز التوكيل بكل ما يعقده الوكيل لنفسه) الذى كتب عليه أبو السعود ، وهو الموافق لما تقدم بكل ما يعقده الموكل لنفسه .

وفى المجمع : وتجوز الوكالة بكل عقد يجوز للموكل مباشرته . وقال فى الهداية : كل عقد جاز أن يعقده الإنسان لنفسه جاز أن يوكل به غيره والآمر فى صورة الوصى كذلك فإنه كما يجوز للوصى أن يشترى مال اليتيم لنفسه عند ظهور النفع يجوز أن يوكل فيه غيره فيشتريه الوكيل ، ولم يقولوا كل ما يعقده الإنسان لنفسه جاز أن يكون وكيلا فيه حتى يتم ما ذكره من خروج مسئلة الوصى اه . وعليه فعبارة الأشباه معترضة . والأولى أن تكون كما قالوا يجوز التوكيل بكل ما يعقده الموكل بنفسه كما نبه عليه الحموى (قوله إلا الوصى) الاستثناء غير صحيح لأن مسئلة الوصى لم تدخل فى الأصل الذى ذكره حتى تخرج عنه ، فإن الشراء فيها لم يقع من وكيل الوصى وإنما وقع من الوصى بطريق وكالته عن الغير (قوله فله أن يشترى مال اليتيم لنفسه) أى إذا كان النفع ظاهرا كما فى الأشباه وغيره (قوله لا لغيره بوكالة) وذلك لأن الحقوق من جانب اليتيم ترجع إليه، ومن جانب الآمر كذلك ، فيؤدى إلى المضادة، بخلاف نفسه ، وهذا إذا كان وصى الأب كما بينه فى باب الوصى . والأصل أن من ملك تصرفا بالأصالة أو الولاية العامة يملك تمليكه اعتبارا بتمليك الأعيان ، وشرطه أن لا يؤدى ذلك التفويض إلى التضاد والتنافى ، وهو أن يجعل المفوض إليه متولى طرفى أمر يحتاج إلى الإيجاب والقبول كمبادلة المال بالمال فإنه يؤدى إلى أن الواحد يصير قاضيا ومقتضيا ومسلما ومتسلما وذلك متحقق هنا ، وهذا تناقض

وجاز التوكيل بالتوكيل .

باب الوكالة بالخصومة والقبض

(وكيل الخصومة والتقاضى) أى أخذ الدين (لايملك القبض) عند زفر وبه يفتى لفساد الزمان ، واعتمد فى البحر العرف (و) لا (الصلح) إجماعا بحر (ورسول التقاضى يملك القبض لا الخصومة) إجماعا بحر ، أرسلتك أوكن رسولا عنى إرسال ، وأمرتك بقبضه توكيل

فى الأحكام الشرعية ، والأحكام الشرعية تصان عنه ذكر هذا الأصل محمد فى الجامع الكبير كما فى الحواشى الحموية (قوله وجاز التوكيل بالتوكيل) وهذا معلوم مما مر أنه لو أذن له بالتوكيل جاز . فلو وكله أن يوكل فلانا فى شراء كذا ففعل واشترى الوكيل رجع بالثمن على المأمور . وهوعلى أمره ولا يرجع الوكيل على الآمر : أى الأول أشباه ، والله تعالى أعلم وأستغفر الله العظيم .

باب الوكالة بالخصومة والقبض

لما كانت الخصومة مهجورة شرعا أخر بابها ، والخصومة هى الدعوى الصحيحة أوالجواب الصريح بنعم أولا وقد سبق (قوله والقبض) الواو بمعنى أو المجوزة للجمع ، وقد زاد فى المسائل على الترجمة ، فقد ذكر وكيل الملازمة والتقاضى وغير ذلك (قوله والتقاضى) أى الطلب وهذا فى العرف وفى أصل اللغة القبض لأنه تفاعل من تقاضيت دينى واقتضيت بمعنى أخذت ، ويأتى تمامه قريبا ، وذكر حكم صورة الاجتماع ليعلم منه حكم التوكيل بأحدهما بالأولى (قوله أى أخذ الدين) هذا لغة ومعناه عرفا المطالبة عناية ، وكان عليه أن يذكر هذا المعنى فإنهم بنوا الحكم عليه معللين بأن العرف قاض على اللغة ، ولا يخفى عليك أن أخذ الدين بمعنى قبضه فلوكان المراد المعنى اللغوى يصير المعنى الوكيل بقبض الدين لا يملك القبض وهو غير معقول تدبر .

قال بعض الفضلاء : تفسير التقاضى هنا بأخذ الدين ليس مما ينبغى ، فإن الوكيل بأخذ الدين هو الوكيل بقبضه ، والوكيل بقبضه له قبضه بالإجماع ، بل المراد بالتقاضى المطالبة به والإلحاح به على المديون ، فحينئذ التقاضى بهذا المعنى كالوكيل بالخصومة له الخصومة فيه عند القاضى وليس له القبض .

قال فى التبيين : المطالبة غير القبض ، فالوكيل بها لايملك القبض فجعل التقاضى هو المطالبة وهو المناسب اه (قوله عند زفر) وعند علمائنا الثلاثة يملك القبض وهو ظاهر الرواية عينا كان المتقاضى أو دينا ، حتى لو هلك المال فى يده يهلك على الموكل لأن الوكيل بالشىء وكيل باتمامه وإتمام الخصومة والتقاضى يكون بالقبض وفى غرر الأفكار : وروى عن أبى يوسف أنه لا يملك القبض (قوله واعتمد فى البحر العرف) أى حيث قال وفى الفتاوى الصغرى ، التوكيل بالتقاضى يعتمد العرف ، إن كان فى بلدة كان العرف بين التجار ، إن المتقاضى هو الذى يقبض الدين كان التوكيل بالتقاضى توكيلا بالقبض وإلا فلا اه وليس فى كلامه ما يقتضى اعتماده نعم نقل فى المنح عن السراجية أن عليه الفتوى ، وكذا فى القهستانى عن المضمرات (قوله ولا الصلح إجماعا) لأنه غير ما وكل فيه لأن الوكيل بعقد لا يملك عقدا آخر . قال فى الذخيرة لا يجوز للوكيل بقبض الدين أن يهبه من المديون أو يبرأه أو يؤخره إلى أجل (قوله ورسوله التقاضى يملك القبض) لأنه بمنزلة الرسول فى القبض ط ولأنه كالمرسل . والعجب من كون الرسول يملك القبض باتفاق لا الوكيل مع أنه أعلى حالا من الرسول (قوله أرسلتك أو كن رسولا عنى إرسال ، وأمرتك بقبضه توكيل) يخالف هذا ما فى مجموعة مؤيد زاده عن

خلافا للزيلعي (ولا يملكهما) أى الخصومة والقبض (وكيل الملازمة، كما لايملك الخصومة وكيل الصلح) بحر
(ووكيل قبض الدين يملكها) أى الخصومة

التتارخانية : صورة التوكيل أن يقول المشترى لغيره كن وكيلا عنى فى قبض المبيع. وصورة الرسول أن يقول: كن رسولا عنى ، أو يقول أمرتك بقبضه اه فقد جعل المأمور رسولا وهو الموافق لما فى الزيلعى (قوله خلافا للزيلعى) حيث جعل من الإرسال أمرتك بقبضه .

قال فى المنح : فإن قلت : فما الفرق بين التوكيل والإرسال فإن الإذن والأمر توكيل كما علمت من كلام البدائع من قوله الإيجاب من الموكل أن يقول وكلتك بكذا أو افعل كذا وأذنت لك أن تفعل كذا ونحوه قلت: الرسول أن يقول أرسلتك أو كن رسولا عنى فى كذا ، وقد جعل الزيلعى منها فى باب خيار الرؤية أمرتك بقبضه وصرح فى النهاية فيه معزيا إلى الفوائد الظهيرية أنه من التوكيل وهو الموافق لما فى البدائع إذ لا فرق بين افعل كذا وأمرتك بكذا اه وهذه عبارة البحر فى أول كتاب الوكالة .

وذكر فى باب خيار الرؤية عن المعراج الفرق بين الرسول والوكيل أن الوكيل لايضيف العقد إلى الموكل والرسول لايستغنى عن إضافته إلى المرسل وإليه الاشارة بقوله تعالى – يا أيها الرسول بلغ – وقوله – وما أنت عليهم بوكيل – .

وفى الفوائد : صورة التوكيل أن يقول المشترى لغيره : كن وكيلا فى قبض المبيع أو وكلتك بقبضه. وصورة الرسول : كن رسولا عنى فى قبضه أو أمرتك بقبضه أو أرسلتك لتقبضه أو قل لفلان يدفع المبيع إليك ، وقيل لا فرق بين الرسول والوكيل فى فصل الأمر بأن قال اقبض المبيع فلا يسقط الخيار اه فقد جعل المأمور رسولا موافقا للزيلعى فتأمل (قوله ولا يملكهما وكيل الملازمة) لأن الملازمة لاتنتظمهما (قوله كما لايملك الخصومة وكيل الصلح) لأن الصلح مسالمة لامخاصمة وهو غير ما وكل به (قوله ووكيل قبض الدين يملكها)أى الوكيل بقبض الدين يلى الخصومة مع المديون عند أبى حنيفة، حتى لو أقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل أو إبرائه تقبل عنده ، بخلاف العين . وقالا : لا يكون خصما ، وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة لأن القبض غير الخصومة ، وليس كل من يؤتمن على المال يهتدى فى الخصومات فلم يكن الرضا بالقبض رضا به بحر.

والذى فى جامع الفصولين فى الفصل الخامس : ويوقف عندهما فى الكل العين والدين . والحق أن قولهما أقوى ، وهو رواية عنه، كذا فى عدة وغيره اه ملخصا ومثله فى نور العين ، لكن فى تصحيح العلامة قاسم: وعلى قول الإمام المحبوبى فى أصح الأقاويل والاختيارات والنسفى والموصلى وصدر الشريعة ، قيد بإقامة البينة عليه على استيفاء الموكل أو إبرائه ، لأنه لو ادعى دينا على الموكل وأراد مقاصصته به لايكون الوكيل خصما عنه وهى واقعة الفتوى؛ وكذلك لو ادعى المشترى على وكيل البائع فى قبض ثمن المبيع عيبا وأراد رده عليه لايكون خصما فيه كما يدل عليه الكلام الآتى ، وهى واقعة الفتوى أيضا تأمله تفهم . والذى ذكره فى المجتبى شرح القدورى كالصريح فيما قلناه ، فإنه قال : والوكيل بقبض الدين وكيل بالخصومة فيه عند أبى حنيفة ، فقوله فيه : أى فى الدين يمنع كونه وكيلا بالخصومة فى غيره كادعاء المديون الدين وكادعائه العيب فى واقعتى الحال فتأمل ، أفاده الرملى .

وأفاد أيضا أنه يؤخذ من هذا أن الجابى يملك المخاصمة مع مستأجرى الوقف إذا ادعوا استيفاء الناظر ، لأن الناظر إذا أقام جابيا صار وكيلا عنه فى القبض لما عليهم وهى واقعة الفتوى اه .

قال فى فى البحر : من أحكامه : أى الوكيل بقبض الدين أنه يقبل قوله فى دعوى القبض والهلاك فى يده

خلافا لهما لو وكيل الدائن ولو وكيل القاضى لا يملكها اتفاقا كوكيل قبض العين اتفاقا . وأما وكيل القسمة وأخذ شفعة ورجوع هبة ورد بعيب فيملكها مع القبض اتفاقا ابن ملك ؛
(أمره بقبض دينه وأن لا يقبضه إلا جميعا فقبضه إلا درهما لم يجز قبضه) المذكور (على الآمر) لمخالفته

والدفع إلى موكله ، لكن فى حق براءة المديون لا فى حق الرجوع على الموكل على تقدير الاستحقاق ، حتى لو استحق إنسان ما أقر الوكيل بقبضه وضمن المستحق الوكيل فإنه لايرجع الوكيل على موكله (قوله خلافا لهما) فلا تقبل البينة عليه باستيفاء الموكل أو إبرائه فلا يبرأ ، لكن تقصر يد الوكيل حتى لايتمكن من قبضه ، بل يوقف الأمر إلى حضور الغائب .

ولأبى حنيفة أنه وكله بالتملك لأن الديون تقضى بأمثالها ، إذ قبض الدين نفسه لايتصور إلا أنه جعل استيفاء العين حقه من وجه وإنما كان كذلك لئلا يمتنع قضاء ديون لايجوز الاستبدال بها كبدل السلم والصرف فأشبه الوكيل بأخذ الشفعة والرجوع فى الهبة والوكيل بالشراء والقسمة والرد بالعيب ، وهذه أشبه بأخذ الشفعة حتى يكون خصما قبل القبض كما يكون خصما قبل الأخذ هنالك ، إذ الوكيل بأخذ الشفعة خصم فى الإثبات ولا يصير خصما فيما إذا ادعى عليه تسليم الآخر لما فيه من إبطال حق الموكل ، لكن المعتمد أنه ينتصب خصما وتسمع عليه البينة ، وتوضيحه فى البحر (قوله لو وكيل الدائن) أى موضع الخلاف بين الإمام والصاحبين فى وكيل الدائن (قواه ولو وكيل القاضى) يعنى إذا وكله القاضى بقبض ديون الغائب كما تقدم فى باب المفقود (قوله كوكيل قبض العين) فإنه لايلى الخصومة لأنه أمين محض فأشبه الرسول ، حتى لو وكله بقبض عبده فبرهن ذو اليد أن الموكل باعه إياه وقف الأمر حتى يحضر الغائب استحسانا .

والأصل فى هذه المسائل أن التوكيل باستيفاء عين حقه لم يكن توكيلا بالخصومة ، لأن التوكيل وقع بالقبض لاغير ويمكن حصوله بلا خصومة فلا حاجة إلى جعله وكيلا بغير ما وكل به ، وإن وقع بالتملك كان وكيلا بالخصومة لأن التملك إنشاء تصرف وحقوق العقد تتعلق بالعاقد لأنه لايمكن التحصيل إلا بها والخصومة من جملتها ، فالصاحبان جعلا الوكيل بقبض الدين وكيلا باستيفاء عين حقه حكما ولذا لو قبض أحد الشريكين شيئا من الدين كان للآخر أن يشاركه فيه ومعنى التملك ساقط حكما ، حتى كان له أن يأخذه بلا قضاء ولا رضا كما فى الوديعة والغصب فلا ينتصب خصما كما فى الوكيل بقبض العين . وعنده الوكيل بقبض الدين وكيل بالتملك لأن الديون تقضى بأمثالها ، لأن المقبوض ليس ملكا للموكل بل بدل حقه إلا أن الشرع جعل ذلك طريقا للاستيفاء فانتصب خصما تبيين ملخصا (قوله فيملكها مع القبض اتفاقا) فتسمع البينة عليه أن موكله سلم الشفعة أو أبرأ عن العيب وأن الهبة بعوض وأن حصته فى القسمة كذا ط (قوله ابن ملك) عبارته : أما وكيل القسمة ، بأن وكل أحد الشريكين رجلا بالقسمة مع شريكه فقال إن شريكى استوفى نصيبه وأنكر الوكيل فأقام الشريك البينة على الاستيفاء فإنها تقبل . وأمّا أخذ الشفعة ، بأن أقام المشترى البينة على الوكيل بأخذ الشفعة على أن الموكل سلمها تقبل لكونه وكيلا . وأما الرجوع فى الهبة ، بأن أقام الموهوب له البينة على أن الواهب أخذ عوضا أو أحدث فيه زيادة تقبل . وأما الرد بالعيب ، بأن وجد المشترى بالمبيع عيبا فوكل رجلا بالرد به فقال البائع رضى المشترى بهذا العيب وأنكر الوكيل فأقام البائع البينة على الرضا تقبل كما فى التاجية اه .

قال منلامسكين : الوكيل بنقل المرأة والمملوك من بلد إلى بلد إذا أقامت المرأة بينة على الطلاق أو المملوك على العتاق لاتقبل على إثبات الطلاق أو العتاق وتقبل فى قصر يد الوكيل حتى يحضر الغائب انتهى ، كما إذا

له فلم يصر وكيلا (و) الآمر (له الرجوع على الغريم بكله) وكذا لا يقبض درهما دون درهم بحر (فلو لم يكن للغريم بينة) على الإيفاء فقضى عليه بالدين (وقبضه الوكيل فضاع منه ثم برهن المطلوب على الإيفاء) للموكل (فلا سبيل له) للمديون (على الوكيل، وإنما لا يرجع على الموكل) لأن يده كيده ذخيرة .

(الوكيل بالخصومة إذا أبى) الخصومة (لا يجبر عليها) فى الأشباه لا يجبر الوكيل إذا امتنع عن فعل ماوكل فيه لتبرعه إلا فى ثلاث كما مر (بخلاف الكفيل) فإنه يجبر عليها للالتزام .

(وكله بخصوماته وأخذ حقوقه من الناس على أن لا يكون وكيلا فيما يدعى على الموكل جاز) هذا التوكيل

أقام الخصم البينة أن الموكل عزله عن الوكالة فإنها تقبل فى حق قصر اليد لا فى حق ثبوت العزل استحسانا .

والقياس أن يسلم إلى الوكيل لأن البينة قامت لاعلى خصم فلم تعتبر . وجه الاستحسان أنه خصم فى قصر يده لقيامه مقام الموكل فتقصر يده فى القبض والتسليم فتقتصر يده بحر (قوله وكذا لايقبض درهما دون درهم) معناه لايقبض متفرقا ، فلو قبض شيئا دون شىء لم يبرأ الغريم من شىء جامع الفصولين لكونه مخالفا ، لو استوفى جميعه بعد . فلو هلك هلك عليه ، لمخالفته ويرجع الآمر على الغريم كما فى المسألة السابقة .

وفى جامع الفصولين : وكيل قبض الوديعة قبض بعضها جاز ، فلو أمر أن لايقبضها إلا جميعا فقبض بعضها ضمن ولم يجز القبض ، فلو قبض مابقى قبل أن يهلك الأول جاز القبض على الموكل اهـ .

قال فى البحر : ولو احتال الطالب بالمال على آخر لم يكن للوكيل بالقبض أن يقبضه من المحتال عليه ولا من الأول وإن توى المال ورجع إلى الأول فالوكيل على وكالته ، وكذا لو اشترى الموكل بالمال عبدا من المطلوب فاستحق من يده أو رده بعيب بقضاء بعد القبض أو بغير قضاء قبل القبض أو بخيار فالوكيل على وكالته ، وكذا لو كان قبض الدراهم فوجدها زيوفا ، ولو أخذ الطالب منه كفيلا لم يكن للوكيل أن يتقاضى الكفيل ، والمقبوض فى يد الوكيل بمنزلة الوديعة ، ولو وجده الكفيل زيوفا أو ستوقة فرده فإنه ينبغى أن يضمن قياسا ، ولكن أستحسن أن لا أضمنه انتهى (قوله لأن يده كيده) وفى نسخة يديه لأن يد الوكيل كيد الموكل ، وهذا هو الذى فى المنح والبحر وغيرهما . وفى نسخة لأن يده يد أمانة ، ولا يصلح تعليلا لما قبله وإنما يحسن لقوله فلا سبيل له على الوكيل (قوله لايجبر عليها) مالم يغب موكله ، فإذا غاب يجبر عليها لدفع ضرر كما تقدم نقله عن الأشباه (قوله فى الأشباه لايجبر الوكيل الخ) عبارتها : لايجبر الوكيل إذا امتنع عن فعل ماوكل فيه إلا فى ثلاث مسائل : إذا وكله بدفع عين ثم غاب ، أو ببيع رهن شرط فيه ، أو بعده فى الأصح ، أو بخصومة بطلب المدعى وغاب المدعى عليه ، والظاهر أنه أراد بالنقل المذكور الإشارة إلى مخالفته لما فى الأشباه فإن مانقله من جملة الثلاث كما تقدم قبل هذا الباب كما ذكرنا أنه يجبر الوكيل بخصومة بطلب المدعى إذا غاب المدعى عليه وقد تبع المصنف صاحب الدرر .

وقال فى العزمية : لم نجد هذه المسألة هنا لا فى المتون ولا فى الشروح . ثم أجاب كالشرنبلالى بأنه لايجبر عليها ، يعنى مالم يغب موكله فإذا غاب يجبر عليها كما ذكره المصنف فى باب الرهن بوضع عند عدل اهـ وهذا أحسن مما قدمنا عن نور العين تأمل . هذا، ولكن المذكور فى المنح متنا موافق لما فى الأشباه فإنه ذكر بعد قوله لايجبر عليها إلا إذا كان وكيلا بالخصومة بطلب المدعى وغاب المدعى عليه، وكأنه ساقط من المتن الذى شرح عليه الشارح تأمل (قوله كما مر) أى عن الأشباه فى شرح قوله والوكيل بقضاء الدين لايجبر عليه (قوله بخلاف الكفيل) أى بالخصومة ويراجع تصويرها . ويمكن أن تصور بأن يكفل عن شخص بما ذاب عليه وأقر

(فلو أثبت) الوكيل (المال له) أى لموكله (ثم أراد الخصم الدفع لا يسمع على الوكيل) لأنه ليس بوكيل فيه درر .

(وصح إقرار الوكيل بالخصومة) لا بغيرها مطلقا (بغير الحدود والقصاص) على موكله (عند القاضى دون غيره) استحسانا (وإن انعزل) الوكيل (به) أى بهذا الإقرار

بخمسمائة وادعى الطالب ألفا فإنه يخاصم فيما ثبت على المديون (قوله لايسمع على الوكيل) أى ويحكم بالمال على المدعى عليه ويتبع الدائن بدفعه (قوله وصح إقرار الوكيل) يعنى إذا ثبت وكالة الوكيل بالخصومة وأقر على موكله سواء كان موكله المدعى فأقر باستيفاء الحق أو المدعى عليه فأقر بثبوته عليه درر . وقال زفر : لايصح ولا ينفذ عليه لأنه أتى بغير المأمور به لأنه مأمور بخصومة عنه فى مجلس القاضى ، وما أتى به من الإقرار جواب فلا يصح ، وبه قالت الثلاثة ، وهو قول أبى يوسف أولا .

ولنا أن التوكيل صحيح فيدخل تحته بملك الموكل الجواب مطلقا ويراد بالخصومة مطلق الجواب عرفا لأنها سببها فذكر السبب وأراد المسبب وهو شائع عينى (قوله بالخصومة) متعلق بالوكيل (قوله لا بغيرها) أى لا يصح إقرار الوكيل بغير الخصومة أى وكالة كانت كوكيل الصلح أو القبض أو الملازمة ، ويصح إقرار وكيل القبض بالقبض والدفع للموكل بزازية وسبق صحة إقرار الأب بقبض مهر غير البالغة ومهر البالغة البكر وصحة دعوى وكيل البيع قبض الثمن (قوله مطلقا) أى سواء كان بمجلس القاضى أو غيره .

قال فى الشرنبلالية : قيد بالخصومة احترازا عن الوكيل بالصلح فإنه لايملك الإقرار لأن الوكيل بالخصومة إنما ملك الإقرار لكونه من أفراد الجـــواب والصلح مسالمة لا مخاصمة ، ولهذا قلنا الوكيل بالصلح لا يملك الخصومة ، والوكيل بالخصومة لايملك الصلح ، لأن الوكيل بعقد لايباشر عقدا آخر (قوله بغير الحدود والقصاص) متعلق بإقرار ، أما هما فلا يصح إقرار الوكيل بهما على موكله للشبهة بحر (قوله استحسانا) راجع إلى قوله وصح إقرار الوكيل بالخصومة ، ووجهه أن التوكيل صحيح ، وصحته تتناول مايملكه ، وذلك مطلق الجواب بالإقرار أو الإنكار دون أحدهما عينا فينصرف إليه تحريا للصحة ، وصحح أبو يوسف إقراره مطلقا ، وأبطله زفر مطلقا وهو القياس ، لأنه مأمور بالخصومة وهى منازعة والإقرار ضدها لأنه مسالمة . والأمر بشئ لايتناول ضده . والقياس أن يصح عند غير القاضى لأن الوكيل قائم مقام الموكل وإقراره لايختص بمجلس القضاء فكذا نائبه .

ووجه الاستحسان فى الأول أن حقيقة المخاصمة لاتحل شرعا فحملت على مايحل وهو مطلق الجواب ، وهو صادق على الإنكار والإقرار .

ووجه التخصيص بمجلس القاضى أنه إنما وكله بالخصومة ، وحقيقتها لاتكون إلا عند القاضى فلم يكن وكيلا فى غيره لأن غير مجلس القاضى ليس محلا للخصومة التى هو وكيل فيها لكنه يخرج عن الدعوى كما قال (إن انعزل الوكيل الخ (قوله وإن انعزل الوكيل) أى عزل نفسه لأجل رفع الخصم وانى ، ورده عزمى زاده .

قال فى الهداية : لو أقيمت البينة على إقراره فى غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة اهـ (قوله بهذا الإقرار) الواقع فى مجلس القاضى لأجل دفع الخصومة ، ومثل ذلك الأب والوصى إذا أقرا فى مجلس القاضى لايصح إقرارهما حموى أى وينعزلان فى تلك الحادثة بزازية فلا يدفع المال إليهما هداية ، وإنما لايصح إقرارهما لأن ولايتهما نظرية ، ولا نظر فى الإقرار على الصغير .

حتى لا يدفع إليه المال وإن برهن بعده على الوكالة للتناقض درر (وكذا إذا استثنى) الموكل (إقراره) بأن قال : وكلتك بالخصومة غير جائز الإقرار صح التوكيل والاستثناء على الظاهر بزازية (فلو أقر عنده) أى القاضى (لا) يصح (وخرج) به (عن الوكالة) فلا تسمع خصومته درر .

(وصح التوكيل بالإقرار ولا يصير به) أى بالتوكيل (مقراً) بحر (وبطل توكيل الكفيل بالمال) لئلا يصير عاملا لنفسه

وأما التفويض من الموكل حصل مطلقا غير مقيد بشرط النظر فيدخل تحته الإنكار والإقرار جميعا غير أن الإقرار صحته تختص بمجلس القضاء على ماذكرنا كذا فى الكفاية (قوله حتى لايدفع إليه المال) أى بأن وكله أن يخاصم عنه عن دعوى بيع فأقر عليه بأنه باع فإنه لايملك قبض الثمن من مدعى الشراء (قوله للتناقض) لأنه زعم أنه مبطل فى دعواه درر (قوله والاستثناء على الظاهر) أى ظاهر الرواية ، ومثله استثناء الإنكار فيصح منهما فى ظاهر الرواية .

قال العينى : ولو استثنى الموكل بالخصومة الإقرار ، فعن أبى يوسف أنه لايصح . وعن محمد أنه فرق بين الطالب والمطلوب . وصححه من الطالب دون المطلوب ، ومثله صحة استثناء الإنكار فى ظاهر الرواية ، وجعله فى الصغرى قول محمد خلافا لأبى يوسف . وعلل قول محمد بأن الإنكار قد يضر الموكل بأن كان المدعى وديعة . فلو أنكر الوكيل لاتسمع منــه دعوى الهلاك والرد وتسمع قبل الإنكار . وبقى قسم ثالث ، وهو لو وكله غير جائز الإقرار والإنكار ، قيل لايصح لعدم بقاء فرد تحته ، وقيل يصح لبقاء السكوت كذا فى البزازية .

والحاصل أن المسألة على خمسة أوجه : الأول : أن يوكل بالخصومة فيصير وكيلا بهما. الثانى : أن يستثنى الإقرار فيكون وكيلا بالإنكار فقط. الثالث : عكسه فيصير وكيلا بالإقرار فقط فى ظاهر الرواية. الرابع : أن يوكله بالخصومة جائز الإقرار فيكون وكيلا بهما. الخامس : أن يوكله بها غير جائز الإقرار ففيه اختلاف المتأخرين . ولا يصير به مقرا لأنه يمكن أنه وكله بالإقرار خوف الشغب والخصومة وإن لم يكن عليه شىء ، لأن كل أحد لايقدر عليها .

وفى الخلاصة : ولو كان التوكيل بسؤال الخصم واستثنى الإقرار موصولا صح ومفصولا لايصح ، ولو استثنى الإقرار والإنكار ، فقيل لايصح لعدم بقاء فرد تحته ، وقيل يصح لبقاء السكوت بحر عن البزازية (قوله ولا يصير به مقرا) يعنى التوكيل بالإقرار صحيح ، ولا يكون التوكيل به قبل الإقرار إقرارا من الموكل . وعن الطواويسى : معناه أن يوكل بالخصومة ويقول خاصم فإذا رأيت لحوق مؤنة أو خوف عار علىّ فأقر بالمدعى يصح إقراره على الموكل ، كذا فى البزازية .

قلت : ويظهر منه وجه عدم كونه إقرارا ونظيره صلح المنكر (قوله وبطل توكيل الكفيل) أى توكيل الدائن الكفيل . وسيأتى هذا فى قوله بخلاف العكس ففيه تكرار (قوله بالمال) متعلق بالكفيل : أى بقبض المال من المديون .

وصورته : إذا كان لرجل دين على آخر وكفل به رجل فوكل الطالب الكفيل بقبض ذلك الدين من المدعى عليه الأصل لم يصح التوكيل عينى (قوله لئلا يصير عاملا لنفسه) أى لأن الوكيل هو الذى يعمل لغيره ، ولو صححنا هذه الوكالة صار عاملا لنفسه ساعيا فى براءة ذمته فانعدم الركن فبطل ، ولأنه مطالب بالمال ،

(كما) لا يصح (لو وكله بقبضه) أى الدين (من نفسه أو عبده) لأن الوكيل متى عمل لنفسه بطلت إلا إذا وكل المديون بإبراء نفسه فيصح ، ويصح عزله قبل إبرائه نفسه أشباه

وفى طلبه من المديون الدفع عن نفسه ولأن حق الطالب له بعد أدائه المال ؛ فلو وكله المكفول له بقبضه صار كأنه جعل له المطالبة مع أن المطالبة حقه فلا يصح .

قال فى البحر : وإذا بطلت الوكالة فى مسألة الكتاب وقبضه من المدين وهلك فى يده لم يهلك على الطالب اه .

وأورد عليه أنه كما هو ساع فى براءة نفسه ساع فى تحصيل المال للطالب ، ولو أبرأه عن الكفالة لا تنقلب صحيحة لوقوعها باطلة ابتداء كالوكيل عن غائب فإنه يقع باطلا ، ثم إذا بلغه فأجازه لم يجز ، وتقييد الكفالة بالمال للاحتراز عما سيأتى متنا من قوله بخلاف كفيل النفس حيث يصح توكيله بالخصومة لأن الواحد يقوم بهما عينى وزيلعى (قوله كما لا يصح لو وكله بقبضه من نفسه) لما سيأتى من استحالة كونه قاضيا ومقتضيا (قوله أو عبده) أى المأذون المديون لأنه يصير عاملا لنفسه من حيث أنه حفظ العبد على نفسه من بيع الغريم له كما استظهره الطحطاوى (قوله لأن الوكيل متى عمل لنفسه) أى فقط بطلت أى الوكالة (قوله إلا إذا وكل المديون بإبراء نفسه) أى هى مستثناة من هذه القاعدة فإنها أجيزت مع كونه عاملا لنفسه وليست خارجة عنها ، لأن شرط الوكالة كونه عاملا لغيره لا كونه غير عامل لنفسه كما قاله المصنف ، لأن مسألة الكفالة والحوالة كذلك فإن كلا منهما عامل لنفسه ولغيره ، ولم تجز وكالتهما لأنه تمليك وليس بتوكيل كما قاله الزيلعى ، إذ لو كان كذلك لم يصح رجوع الدائن عنه قبل إبراء المديون نفسه مع أنه يصح لكن يحتاج إلى معرفة إخراجها من القاعدة أفاده الرحمتى .

وقال الرملى : ولقائل أن يقول التمليك لايكون إلا بعد إبرائه نفسه وبعده لايصح رجوعه فتأمل (قوله فيصح) قال فى البحر : وأورد على بطلان توكيل الكفيل بالمال المعلل بأنه عامل لنفسه توكيل المديون بإبراء نفسه فإنه صحيح مع كونه عاملا لنفسه .

والتحقيق فى جوابه ما فى منية المفتى من قوله : ولو وكله بإبراء نفسه يصح لأنه وإن كان عاملا لنفسه بتفريغ ذمته فهو عامل لرب الدين بإسقاط دينه ، وشرط الوكالة كونه عاملا لغيره لا كونه غير عامل لنفسه اه .

إذا علمت ماذكر فلا وجه لقول المؤلف لأن الوكيل متى عمل لنفسه بطلت إلا أن يحمل على ما إذا كان العمل لنفسه محضا ط .

قال العلامة المقدسى بعد ذكر مسألة توكيل الكفيل بالمال المذكورة : ونوقض بتوكيل المديون بإبراء نفسه من دين عليه صح وإن عمل لنفسه . وأجيب بالمنع مستندا لما ذكره شيخ الإسلام أنه لايصح على خلاف مافى الجامع ، ولئن سلم فالإبراء تمليك بدليل أنه يرتد بالرد وليس بتوكيل .

وأجاب فى المنية بأن شرط الوكالة كونه عاملا لغيره لا كونه غير عامل لنفسه ؛ وزعم بعضهم أنه هو التحقيق وفيه نظر لأنه إذا كان عملا واحدا وهو لنفسه فلا يجتمع مع كونه عاملا لغيره .

واعترض بأن عمل الوكيل لنفسه ضمنى لكون الموكل أصيلا فى باب الوكالة والضمنيات قد لاتعتبر . وأجيب بمنع ذلك بل الأصل وقوع التصرف لنفس العامل اه (قوله ويصح عزله قبل إبرائه نفسه) ولو كان

(أو وكل المحتال المحيل بقبضه من المحال عليه) أو وكل المديون وكيل الطالب بالقبض لم يصح لاستحالة كونه قاضيا ومقتضيا قنية (بخلاف كفيل النفس والرسول ووكيل الإمام ببيع الغنائم والوكيل بالتزويج) حيث يصح ضمانهم

ذلك تمليكا كما قال الزيلعي ، وتبعه العيني لم يصح رجوع الدائن عنه قبل إبرائه نفسه مع أنه يصح بحر .

فإن قلت : إذا تكفل بما توكل بقبضه صحت الكفالة وبطلت الوكالة ، فكان ينبغي أن لا يصح توكيل الكفيل بالمال وتبطل الكفالة . قلت : إنما صح تكفيل الوكيل لأن الكفالة أقوى لكونها لازمة فكانت ناسخة بخلاف العكس كما في الزيلعي ، لكن قوله فكانت ناسخة يقتضي كون الكفالة بعد الوكالة مع أن ذلك لا يتعين . قال المصنف : الكفالة بالمال مبطلة للوكالة تقدمت الوكالة أو تأخرت (قوله أو وكل المحتال المحيل بقبضه من المحال عليه) فيه أن المحيل انتقل الدين من ذمته بالإحالة وصار أجنبيا فلم لم يصح توكيله بالقبض . وأجيب بأنه ساع في تحصيل براءة نفسه ، فإنه إذا مات المحال عليه مفلسا أو أنكر الحوالة ولا بيان رجع الدين على المحيل (قوله بالقبض) يصح أن يتعلق بوكل وبوكيل (قوله قنية) عبارتها كما في المنح : ولو وكله بقبض دينه على فلان فأخبر به المديون فوكله ببيع سلعته وإيفاء ثمنه إلى رب الدين فباعها وأخذ الثمن وهلك يهلك من مال المديون لاستحالة أن يكون قاضيا ومقتضيا ، فالواحد لا يصلح أن يكون وكيلا للمطلوب والطالب في القضاء والاقتضاء اهـ .

قال في البحر : ولا يخالفه ما في الواقعات الحسامية : المديون إذا بعث بالدين على يد وكيله فجاء به إلى الطالب وأخبره ورضي به وقال اشتر لي شيئا فذهب واشترى ببعضه شيئا وهلك منه الباقي . قال بعضهم : يهلك من مال المديون . وقال بعضهم من مال الطالب ، وهذا أصح ، لأن أمره بالشراء بمنزلة قبضه اهـ لأن ما في القنية فيما إذا سبق توكيل الطالب وما في الواقعات فيما إذا سبق توكيل المطلوب كما لا يخفى (قوله بخلاف كفيل النفس) محترز الكفيل بالمال ، وقيده الزيلعي بأن يوكله بالخصومة . قال في البحر : وليس بقيد ، إذا لو وكله بالقبض من المديون صح اهـ . قال البدر العيني : وقيد بقوله الكفيل بالمال لأنه يجوز توكيل الكفيل بالنفس بالخصومة لأن الواحد يقوم بهما اهـ . والأولى أن يقول بدل الخصومة بقبض المال ، وهذا لأن الوكالة والكفالة لا يجتمعان ، فمتى صحت إحداهما بطلت الأخرى إذا تواردتا على محل واحد ، بخلاف كفيل النفس فإنه يصح توكيله بقبض المال لاختلاف المورد (قوله والرسول) أي لقبض الدين تصح كفالته المطلوب لأنه سفير ، وكذلك ينبغي أن يصح لو وكله المديون بقضاء دين مرسله ، ووكيل الإمام يصح كفالته بثمن ما باعه من الغنائم لعدم رجوع الحقوق كما مر في خيار العيب من أن الإمام ووكيله أمين والأمين لا ينتصب خصما (قوله ووكيل الإمام) مقتضى كونه سفيرا أنه لا يلحقه عهدة وهو كذلك (قوله والوكيل بالتزويج) لأنه سفير ومثله الولي وقد مر في النكاح (قوله حيث يصح ضمانهم) العبارة وهكذا في الدرر معزية إلى كفالة التبيين ، ولا يخفى أن المقابلة تقتضي أن يقول حيث يصح توكيلهم والخطب سهل ح .

أقول : أي لأن قوله بخلاف كفيل النفس مقابل لقوله وبطل توكيل الكفيل بالمال ، يعني أن كفيل النفس يصح توكيله من المكفول له ، فمقتضى هذه المقابلة أن يكون المراد من قوله والرسول وما عطف عليه توكيلهم أيضا مع أن المراد ضمانهم ، فقول الحلبي والخطب سهل ليس المراد منه أن إرادة توكيلهم هنا جائزة لأن الرسول والوكيل لا يوكلان ، بل مراده أنه وإن كانت المقابلة تقتضي ذلك ، إلا أن المراد غير ذلك المقتضى وهذا الإيهام سهل مغتفر لعلمه مما مر ، والذي سهله أن المقصود ما يجتمع فيه الكفالة والوكالة فكأنه قال

لأن كلا منهم سفير (الوكيل بقبض الدين إذا كفل صح وتبطل الوكالة) لأن الكفالة أقوى للزومها فتصبح ناسخة (بخلاف العكس، وكذا كلما صحت كفالة الوكيل بالقبض بطلت وكالته تقدمت الكفالة أو تأخرت) لما قلنا .

(وكيل البيع إذا ضمن الثمن للبائع عن المشترى لم يجز) لما مر أنه يصير عاملا لنفسه (فإن أدى بحكم الضمان رجع) لبطلانه (وبدونه لا) لتبرعه .

(ادعى أنه وكيل الغائب بقبض دينه فصدقه الغريم أمر بدفعه إليه)

لا يجتمعان إلا في كفيل النفس والرسول الخ تأمل، لكن لا يظهر فى مسألة وكيل الإمام ببيع الغنائم (قوله لأن كلا منهم سفير) أى معبر عن غيره فلا تلحقه العهدة (قوله بخلاف العكس) أى فى قوله وبطل توكيل الكفيل بالمال فإن الوكالة أضعف من الكفالة لعدم لزومها فلا تصلح ناسخة، لكن إذا لوحظ ارتباطه بقول الشارح فتصلح ناسخة إظهارا للفرق بينهما لم يكن تكرارا تأمل (قوله وكذا كلما صحت إلى قوله بطلت وكالته) تكرار محض مع ما قبلها ح.

قال ط : والذى فى متن المنح الذى بيدى : الوكيل بقبض الدين إذا كفل صح وبطلت الوكالة تقدمت عن الكفالة أو تأخرت اه ولا تكرار فيها ولا تدافع .

وقد يقال : لما ذكر بعض ما دخل تحت القاعدة بين عمومه بقاعدة كلية ومثل هذا لا يسمى تكرارا والأحسن ملاحظة ارتباطه بقول الشارح فتصلح إلى آخر ما قدمناه قريبا (قوله تقدمت الكفالة أو تأخرت) فى تقدم الكفالة عدم صحة الوكالة ابتداء فجعله إبطالا للوكالة توسع ، لأن إبطال الشىء بعد ثبوته (قوله لما قلنا) من أنها أقوى (قوله للبائع) المناسب للموكل (قوله لم يجز) استشكله الشرنبلالى بوكيل الإمام ببيع الغنائم . ودفعه أبو السعود بما مر من أنه سفير ومعبر فلا تلحقه عهدة (قوله لما مر أنه يصير عاملا لنفسه) لأن حق الاقتضاء له لأنه من حقوق العقد وهو أصيل فيها ، لكن الذى مر عكسه وهو عدم جواز توكيل الكفيل للعلة المذكورة والعلة هنا أن الحقوق ترجع إليه فإذا ضمن على المشترى الثمن فكأنه كفل مطلوبه لنفسه وهو محال ، لأن الكفالة ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل مطالبة أو دينا ، ومن المحال أن يصير له مطالبة على نفسه أو دين عليها والبائع يطلب الثمن ، فلو كان كفيلا للبائع كان كافلا نفسه ولا معنى له (قوله رجع) أى على موكله بالبيع (قوله لبطلانه) أى لبطلان الضمان ، وإذا كان الضمان باطلا وقد أدى بحكم الضمان كان الأداء باطلا أيضا لأن المبنى على الباطل باطل ولأن حكم الوكالة الفاسدة أنه لو أدى على ظن لزومها له أن يرجع بما أدى (قوله وبدونه) أى الضمان (قوله لا) أى لا يرجع (قوله لتبرعه) قال فى الشرنبلالية : ولقائل أن يقول التبرع حصل فى أدائه إليه بجهة الضمان كأدائه بحكم الكفالة عن المشترى بدون أمره فليتأمل اه .

ولا يخفى أن التبرع فى المقيس عليه إنما هو فى نفس الكفالة . وأما الأداء فهو ملزم به شاء أو أبى ، بخلاف مسألتنا على أنه إذا أدى على حكم الضمان لا يسمى متبرعا بل هو ملزم به فى ظنه .

وقد ذكر المسألة فى الخانية ونقلها عنها فى الهندية من تغير تعرض لهذا التفصيل . وعبارة الأولى : الوكيل بالبيع إذا باع وكفل بالثمن عن المشترى لا تصح كفالته اه .

وفى الهندية : ولو صالح الآمر عن الثمن على المشترى على عبد للوكيل بعينه أو قضى الوكيل الثمن عن المشترى كان ذلك جائزا ويبرأ المشترى ويصير العبد للموكل ولا يكون للوكيل أن يرجع بشىء لا على الآمر ولا على المشترى (قوله فصدقه الغريم) ويصح إثبات التوكيل بالبينة مع إقرار المديون به بحر (قوله أمر بدفعه) أى أمر إجبار سراج أى فى مال نفسه . لأن الديون تقضى بأمثالها بخلاف إقراره بقبض الوديعة الآتى

عملا بإقراره ؛ ولا يصدق لو ادعى الإيفاء (فان حضر الغائب فصدقه) في التوكيل (فبها) ونعمت (وإلا أمر الغريم بدفع الدين إليه) أى الغائب (ثانيا) لفساد الأداء بإنكاره مع يمينه (ورجع) الغريم (به على الوكيل إن باقيا فى يده ، ولو حكما) بأن استهلكه فإنه يضمن مثله خلاصة (وإن ضاع لا) عملا بتصديقه (إلا إذا) كان قد (ضمنه عند الدفع) لقدر ما يأخذ الدائن ثانيا ،

لأن فيها إبطال حق المالك فى العين (قوله عملا بإقراره) لأن مايدفعه خالص حقه ، ولأن المديون إنما يقضى الدين من مال نفســه عما فى ذمته فإقراره إنما هو على نفسه فينفذ (قوله ولا يصــدق لو ادعى الإيفاء) أى لايثبت الإيفاء بمجرد دعواه ، بل إن برهن على ذلك صح لأن الوكيل بالقبض لايملك الخصومة ، وسيأتى متنافى قوله ولو وكله بقبض مال فادعى الغريم مايسقط حق موكله الخ (قوله وإلا أمر الغريم بدفع الدين إليه) أى الغائب ثانيا لفساد الأداء لأنه لم يثبت الاستيفاء حيث أنكر الوكالة، فقوله بإنكاره الباء للسببية ومع ظرف متعلق بالمصدر قبله أى مع أن الفساد بسبب الإنكار مع اليمين على عدم الوكالة .

وفى البحر عن البزازية : ولو ادعى الغريم على الطالب حين أراد الرجوع عليه أنه وكل القابض وبرهن يقبل ويبرأ ، وإن أنكر حلفه ، فإن نكل برىء اهـ . وفيه عنها أيضا : وإن أراد الغريم أن يحلفه بالله ماوكاته له ذلك ، وإن دفع عن سكوت ليس له إلا إذا عاد إلى التصديق ، وإن دفع عن تكذيب ليس له أن يحلفه ، وإن عاد إلى التصديق لكنه يرجع على الوكيل اهـ فإطلاق الشارح فى محل التقييد تأمل (قوله ورجع الغريم به) أى بما دفعه إن باقيا بيده لأنه ملكه وانقطع حق الطالب عنه (قوله بأن استهلكه) أى الوكيل فإنه يضمن مثله ، الأولى بدله تأمل ، فإن ادعى الوكيل هلاكه أو دفعه إلى الموكل حلفه على ذلك ، وإن مات الموكل وورثه غريمه أو وهبه وهو قائم فى يد الوكيل أخذ منه فى الوجوه كلها ، ولو هالكا ضمنه إلا إذا صدقه على الوكالة كما فى الخلاصة (قوله وإن ضاع) أى المقبوض فى يد الوكيل ، وكذا لو ادعى مدعى الوكالة دفعه إلى موكله كما يفهم مما يأتى (قوله لا) أى لا رجوع عليه (قوله عملا بتصديقه) لأنه بتصديقه اعترف أنه محق فى القبض والظالم هو الطالب بالأخذ منه ثانيا والمظلوم لايظلم غيره .

فإن قلت : يرد على هذا أن أحد الإبنين إذا صدق المديون فى دعواه الإيفاء للميت وكذبه الآخر ورجع المكذب عليه بالنصف فإن للمديون الرجوع على المصدق بالنصف إن كان للميت تركة غير الدين مع أنه فى زعمه أن المكذب ظالم فى الرجوع عليه .

قلت : أجيب عنه بأن الرجوع على المصدق لكونه أقر على أبيه بالدين (قوله إلا إذا ضمنه عند الدفع) بأن يقول أنت وكيله ، لكن لا آمن أن يجحد الوكالة ويأخذ منى ثانيا فيضمن ذلك المأخوذ فيصح لإضافته لسبب الوجوب كقوله ما غصبك فعلىّ وما ذاب لك عليه فعلىّ ، لأن ما أخذه ثانيا غصب وما يأخذه الوكيل أمانة لا يصح ضمانه لتصادقهما على أنه وكيله ، ولفظ ضمنه مروىّ بالتشديد والتخفيف ، فمعنى التشديد أن يضمن الغريم الوكيل ، فالضمير المستتر عائد إلى الغريم والبارز إلى الوكيل ، ومعنى التخفيف أن يضمن الوكيل المال الذى أخذه الدائن من الغريم لا الذى أخذه الوكيل ، فالضمير المستتر فى وكله عائد إلى الوكيل والبارز إلى المال (قوله لقدر ما يأخذه) فى بعض النسخ باللام وهى تناسب التشديد وفى البعض بالباء لأن المكفول به هو ما يأخذه الدائن كأنه قال له إن أخذ الدائن منك شيئا فأنا كفيله ، وما يأخذه الدائن ظلما فى زعم الآخذ والدافع ، لأن الآخذ يزعم أنه وكيل والدافع يصدقه فتكون من قبيل قولهم ما غصبك فلان فعلىّ فيكون الرجوع بقدر ما أخذه الدائن

لاما أخذه الوكيل لأنه أمانة لا تجوز بها الكفالة زيلعى وغيره (أو قال له قبضت منك على أنى أبرأتك من الدين) فهو كما لو قال الأب للختن عند أخذ مهر بنته آخذ منك عن أنى أبرأتك من مهر بنتى ، فإن أخذته البنت ثانيا رجع الختن على الأب فكذا هذا بزازية .

(وكذا) يضمنه (إذا لم يصدقه على الوكالة) يعم صورتى السكوت والتكذيب (ودفع له ذلك على زعمه) الوكالة ؛ فهذه أسباب للرجوع عند الهلاك (فإن ادعى الوكيل هلاكه أو دفعه لموكله صدق) الوكيل (بحلفه ؛ وفى الوجوه) المذكورة (كلها) الغريم (ليس له الاسترداد حتى يحضر الغائب) وإن برهن أنه ليس بوكيل أو على إقراره بذلك أو أراد استحلافه

لا يرجع بما أخذه الوكيل من المديون لأنه أمانة فى زعمهما والكفالة بها لا تجوز ، فلو صالحه على بعض الدين عند ضمان الوكيل ونحوه يرجع على الوكيل بقدر المصالح عليه (قوله لا ما أخذه الوكيل) أى لا يرجع بما أخذه الوكيل من المديون أى إنما وقع الضمان على ما أخذه الدائن ثانيا على ما ذكر لا على ما أخذه الوكيل أمانة فى يده (قوله لأنه أمانة) أى فى زعمهما والأمانة لاتجوز بها للكفالة (قوله لاتجوز بها الكفالة) وفيه أنه تقدم أن الوكيل بالقبض تصح كفالته ، والجواب بأنها للموكل فيما تقدم وهنا للمديون فى نفس ما يأخذه وهو أمانة فلا ينقلب غرامة (قوله أو قال) أى مدعى الوكالة (قوله على أنى أبرأتك من الدين) كأن وجهه والله تعالى أعلم ، أن كلا من القابض والدافع متصادقان على الوكالة عن الدائن ، وقول القابض قبضت منك على أنى أبرأتك يحتمل أن يريد براءة الاستيفاء أو براءة الإسقاط فإن كانت براءة الإسقاط فقد جعلها فى مقابلة ماقبضه، وإن كانت براءة الاستيفاء فكأنه اعترف بأنه استوفى ما عليه من الدين، فإذا رجع الدائن بدينه يرجع عليه بما قبضه فى مقابلة الإسقاط لأنه بمنزلة البيع ، فقد التزم له السلامة بأخذ اليد ، وكذلك فى براءة الاستيفاء لأنه حيث أخذ منه تبين بطلان استيفائه فيرجع عليه بما استوفى ، وهو مشكل لأن فى زعمهما أن المستوفى ثانيا ظالم باستيفائه وأنه قد برئت ذمة المديون بقبض الوكيل وأن الوكيل أمين فيما قبض فما وجه الرجوع عليه فى مثل هذه الصورة وكذا منها مسألة الختن لأن الأب إنما يقبضه وكالة عن ابنته تأمل (قوله وكذا يضمنه إذا لم يصدقه على الوكالة) فإنه يرجع عليه لأنه إنما دفع له على رجاء الإجازة فإذا انقطع رجاؤه رجع عليه (قوله يعم صورتى السكوت والتكذيب) أى عدم تصديقه بسكوته أو بتكذيبه له لأن الأصل فى السكوت عدم التصديق (قوله ودفع له ذلك على زعمه الوكالة) فإنه يرجع عليه كما ذكرنا (قوله فهذه) أى الثلاثة (قوله فإن ادعى الوكيل هلاكه) أى فى صورة ما لا ضمان عليه بهلاكه وهى ما عدا المسائل الثلاثة (قوله أو دفعه لموكله صدق الوكيل بحلفه) بدعواه الضياع أو أداء المال للموكل لأنه أمين ادعى إيصال الأمانة إلى مستحقها ، فيصدق فى براءة نفسه ولا يصدق فيما إذا ضمن ما يأخذه منه ؛ وكذلك فى بقية الصور السابقة . والأولى ذكر هذه المسألة بعد قوله المار وإن ضاع لا عملا بتصاديقه تأمل (قوله وفى الوجوه كلها) وهو ما إذا دفع مع تصديق أو تكذيب أو سكوت ضمنه عند الدفع أو قال الآخذ قبضت منك على أنى أبرأتك من الدين اه (قوله ليس له الاسترداد حتى يحضر الغائب) لأن المؤدى صار حقا للغائب إما ظاهرا أو محتملا ، فصار كما إذا دفعه إلى فضولى على رجاء الإجازة لم يملك الاسترداد لاحتمال الإجازة هداية وهو أحد قولين كما فى جامع الفصولين .

قال العلامة المقدسى : وعندى إشكال فى المنع لاسيما إذا سمع عنه عدم الأمانة حموى . وعلى القول بالاسترداد لو دفع إلى رجل ليدفعه إلى رب الدين فله أن يسترد لأنه وكيل المديون ، وقيل لا لأن من باشر التصرف لغرض ليس له أن ينقضه مالم يقع اليأس عن غرضه (قوله أو على إقراره بذلك) بقى لو كان الوكيل

لم يقض لسعيه فى نقض ما أوجبه للغائب ، نعم لو برهن أن الطالب جحد الوكالة وأخذ منى المال تقبل بحر ، ولو مات الموكل وورثه غريمه أو وهبه له أخذه قائما ، ولو هالكا ضمنه إلا إذا صدقه على الوكالة ، ولو أقر بالدين وأنكر الوكالة حلف ما يعلم أن الدائن وكله عينى .

(قال إنى وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع إليه) على المشهور

مقرا فى الحال ربما يفهم من كلام الشارح أنه يلزمه الدفع ، وبالنظر إلى كونه قد تعلق حق الغائب فيما قبضه ولا يملك إبطال حقه بإقراره ينبغى أن لا يعتبر إقراره فليراجع (قوله لم يقبل) أى ما ذكر ، أما بالنظر للبرهان فعدم القبول ظاهر ، وأما بالنظر إلى إرادة الاستحلاف فالمراد به أنه لا يمكن من استحلافه ومع هذا لا يكون له حق الاسترداد ، ولو قال لم يقبل وليس له استحلافه لكان أظهر ط بزيادة (قوله لسعيه فى نقض ما أوجبه للغائب) وهو المدفوع فإنه حقه ويريد الدافع الرجوع فيه ، وهذا فى الصورتين ، وفى الأولى لأنها بينة على النفى (قوله تقبل) لأن النقض من الموكل لأن الثابت بالبيان كالثابت بالعيان (قوله وورثه غريمه) أى مديونه (قوله أو وهبه له) أى وهب الموكل الدين للمديون لأن هبة الدين من المديون إبراء ، ولو أبرأ الغريم المديون بعد قبض الدين رجع عليه به فكذا يرجع على وكيله ، هذا إذا كان قائما ولو حكما ، وكذا لو كان هالكا ولم يصدقه على الوكالة ، أما إن صدقه فقد جعله أمينا فلا ضمان عليه فى الهالك ، وكذا فيما إذا ادعى الدفع إلى الموكل بيمينه (قوله إلا إذا صدقه على الوكالة) فيأخذه قائما واو حكما لا هالكا (قوله حلف ما يعلم) فى بعض النسخ : ماعلم .

وعبارة العينى : ما يعلم أن الطالب وكله بقبض دينه ، فإذا حلف لم يدفع إليه وإن نكل قضى عليه بالمال للوكيل اه .

وعن أبى حنيفة : أنه لا يحلفه لأن حق التحليف بناء على أنه خصم ولم يثبت بلا حجة (قوله فصدقه المودع) وإذا لم يصدقه لا يؤمر بالدفع بالأولى (قوله لم يؤمر بالدفع إليه على المشهور) لأنه إقرار بمال الغير ، بخلاف ما إذا ادعى أنه وكيل بقبض الدين لأنه إقرار بمال نفسه إذ الدين يقضى بمثله لا بعينه ، فلو هلكت الوديعة عنده بعد ما منع لا يضمن وينبغى أن يضمن لأنه منع من وكيل المودع بزعمه فهو كمنعه من الموكل ، ولو سلمها له فهلكت فى يده وأنكر المودع الوكالة يضمن المودع بتسليمه وله تحليفه أنه ما وكله فإن نكل برئت ذمته فإن حلف ضمن ولا يرجع على الوكيل لأن فى زعمه المودع ظالم بتضمينه والمظلوم لا يظلم إلا إذا ضمنه عند الدفع كما مر ، ولو دفع له ولم يصدقه على الوكالة رجع عليه مطلقا كانت العين موجودة أولا ، ولو كانت قائمة أخذها فى كل الوجوه لأنه ملكها بالضمان ، ولو أراد استردادها لم يملكه واختلفوا فى الملتقط لو أقر باللقطة لرجل هل يؤمر بالدفع إليه بحر .

قال فى جامع الفصولين : وإذا قبض رجل وديعة رجل فقال رب الوديعة ما وكلته وحلف على ذلك وضمن المستودع رجع على القابض إن كان بعينه ، فلو حضر ربه وكذبه فى الوكالة لا يرجع المودع على الوكيل لو صدقه ولم يشرط الضمان عليه وإلا رجع بعينه لو قائما وبقيمته لو هالكا .

أقول : لو صدقه ودفعه بلا شرط ينبغى أن يرجع على الوكيل لو قائما ، إذ غرضه لم يحصل فله نقضه على قياس ما مر فى الهداية من أن المديون يرجع بما دفعه إلى وكيل صدقه لو باقيا كذا هذا ، والله تعالى أعلم اه .

قلت : ما بحثه مستفاد من كلام الكافى كما هو غير خاف .

أقول : وهذا كله إذا لم يثبت وكالته بالبينة ، فلو أقام بينة بأنه وكيل بقبضها فإنه يؤمر بدفعها ، فلو امتنع مع ذلك ضمن إذا كان بعد حكم الحاكم الشرعى المستوفى شرائطه الشرعية ، فلو أقامها ولم يقض عليه بالدفع

خلافا لابن الشحنة ، ولو دفع لم يملك الاسترداد مطلقا لما مر (وكذا) الحكم (لو ادعى شراءها من المالك وصدقه) المودع لم يؤمر بالدفع لأنه إقرار على الغير .

(ولو ادعى انتقالها بالإرث أو الوصية منه وصدقه أمر بالدفع إليه) لاتفاقهما على ملك الوارث (إذا لم يكن على الميت دين مستغرق) ولابد من التلوم فيهما لاحتمال ظهور وارث آخر .

(ولو أنكر موته أو قال لا أدرى لا) يؤمر به

لا يضمن تأمل (قوله خلافا لابن الشحنة) فيه أن ابن الشحنة نقل رواية عن أبي يوسف أنه يؤمر بالدفع فقط وما هنا هو المذهب المشهور فلا معارضة ، ومنه يعلم أن ما ادعاه السيد الحموى من أنه لا يؤمر بالدفع إليه إجماعا فيه نظر أبو السعود (قوله مطلقا) أى صدقه أو كذبه أو سكت (قوله لما مر) من أنه يكون ساعيا فى نقض ما أوجبه للغائب (قوله وكذا الحكم لو ادعى شراءها من المالك) أى مثل ما ذكر من الحكم لو ادعى رجل شراء الوديعة من المالك وصدقه المودع (قوله لم يؤمر بالدفع إليه) لأنه ما دام حيا كان إقرارا بملك الغير لأنه من أهله فلا يصدقان فى دعوى البيع عليه (قوله لأنه إقرار على الغير) أى بأنه باع ماله أى أو أنه وكله فى قبضه فهو علة للمسألتين (قوله ولو ادعى) أى الوارث أو الموصى له لا الوكيل كما توهمه العينى ، لأن المودع لا يؤمر بالتسليم إلى مدعى الوكالة أصلا . ح . وفيه أن الوكيل بهذه الدعوى صار وارثا أو موصى له وخرج عن الوكالة (قوله لاتفاقهما على ملك الوارث) أو الموصى له وينظر ما الفرق بين مدعى الإرث ومدعى الوصية ومدعى الشراء ، وإن علل فى مسألة الشراء بأنه إقرار على الغائب بالبيع فهما أيضا إقرار على المودع بالموت وبأن هذا وارثه فليتأمل (قوله إذا لم يكن على الميت دين مستغرق) فإن كان ودفع الوديعة إلى الوارث بغير أمر القاضى ضمن ، ولو أدى مديون إلى الوصى يبرأ أصلا جامع الفصولين ، ولعل المراد بالمستغرق ما يحتاج كلها أو بعضها فى قضائه ط : وكذا يضمن إن لم يكن مستغرقا ودفع إلى الوارث بلا أمر القاضى على ما يستفاد من سياق كلام البحر معزيا إلى جامع الفصولين (قوله ولابد من التلوّم فيهما) أى فى صورتى الوارث والموصى له ولم يبين مدة التلوم ، والظاهر تفويضه إلى رأى القاضى ، وقد تقدمت هذه المسائل فى متفرقات القضاء وتقدم الكلام عليها (قوله لا يؤمر به) أى بالدفع لعدم اتفاقهما على ملك المدعى ، ولو لم يقل فى صورة دعوى الوصية لم يترك وارثا لم يكن ذو اليد خصما وقيد بدعوى الإرث والوصية للاحتراز عن دعوى الإيصاء إليه ، فإنه لو ادعى الإيصاء إليه وصدقه ذو اليد لم يؤمر بالدفع له إذا كان عينا فى يد المقر لأنه أقر أنه وكيل صاحب المال بقبض الوديعة أو الغصب بعد موته فلا يصح ، كما لو أقر أنه وكيله فى حياته بقبضها ، وإن كان المال دينا على المقر فعلى قول محمد الأول يصدق ويؤمر بالدفع إليه ، وعلى قوله الأخير وهو قول أبى يوسف لا يصدق ولا يؤمر بالتسليم إليه وإن كان إقرارا على نفسه لكنه إقرار على الغائب من وجه ودعوى لبراءة نفسه بدفع المال له ، فإنه لو تحقق موته ما برئ بالدفع إليه بصحة أمر القاضى بذلك ، حتى لو حضر الوارث وأنكر وصايته لا يلتفت إليه ولا له ولاية اتباع الغريم فيؤدى إلى أن يبرأ من الدين بلا حجة ، بخلاف ما لو أقر بوكالته فى حياته لأنه لو حضر وأنكر كان له أن يتبعه بدينه لأن أمر القاضى بالدفع لم يصح كذا فى التبيين عن التيسير ، لكن قال فى جامع الفصولين فى بحث أحكام الوكلاء : وفرق بينه وبين الوكيل بوجهين :

أحدهما أن للقاضى ولاية نصب الوصى ، فلو قضى بدفعه يكون إقراره مؤديا إلى إسقاط حق الغير وهو براءة ذمته بدفعه إليه ، بخلاف الوكالة إذ القاضى لا يملك نصب الوكيل .

ما لم يبرهن ، ودعوى الإيصاء كوكالة فليس لمودع ميت ومديونه الدفع قبل ثبوت أنه وصى ، ولو لاوصى فدفع إلى بعض الورثة برئ عن حصته فقط .

(ولو وكله بقبض مال فادّعى الغريم ما يسقط حق موكله) كأداء أو إبراء أو إقراره بأنه ملكى (دفع الغريم (المال) ولو عقارا (إليه) أى الوكيل لأن جوابه تسليم

والثانى : أنه لو قضى له بدفعه إليه يصير وصيا فى جميع المال بخلاف الوكيل اه (قوله ما لم يبرهن) وعليه فإذا برهن الوكيل بقبض الوديعة يؤمر الوديع بدفعها له كما تفيده مسألة الوصى (قوله ودعوى الإيصاء كوكالة) فإذا صدقه ذو اليد لم يؤمر بالدفع إليه إذا كان عينا إلى آخر ما قدمنا .(قوله فدفع إلى بعض الورثة) أى جميع ما عليه (قوله ولو وكله بقبض مال) أى كان له على غريمه (قوله أو إقراره) أى الموكل بأنه ملكى .

قال فى جامع الفصولين : ادعى أرضا وكالة أنه ملك موكلى فبرهن فقال ذواليد إنه ملكى وموكلك أقر به فلو لم يكن له بينة فله أن يحلف الموكل لا وكيله ، فوكله لو غائبا فللقاضى أن يحكم به لموكله فلو حضر الموكل وحلف أنه لم يقر له بقى الحكم على حاله ، ولو نكل بطل الحكم اه . وبه يظهر ما فى كلام الشارح من قوله ولو عقارا مع قوله ما لم يبرهن ، لأنه وإن برهن فى العين يدفعها كما مر ويأتى ، ولم يذكر حكم ما إذا نكل الطالب عن اليمين وحكم ما إذا برهن المديون على الإيفاء .

وفى جامع الفصولين : وإن نكل عن اليمين لزمه المال دون الوكيل ، فإن كان المال عند الوكيل فلا سبيل له عليه إنما هذا مال الطالب الأول وقد قامت البينة على القضاء ، فإن شاء أخذ به الموكل ، وإن شاء أخذ المال من الوكيل إن كان قائما ، فإن قال الوكيل قد دفعته إلى الموكل وهلك منى فالقول قوله مع يمينه ، وإن قال أمرنى فدفعته إلى وكيل له أو غريم له أو وهبه لى أو قضى لى من حق كان لى عليه لم يصدق.وضمن المال اه . قال الخير الرملى : قوله ولم يذكر حكم ما إذا نكل الطالب عن اليمين الخ لإقرار مثل النكول .

وأقول : ولم يذكر الشارح فى هذه المسألة ما إذا أنكر رب المال الوكالة . والذى يظهر أن الأمر يرجع فيها إلى مسألة دعوى الوكالة عن الغائب ، فيأخذ الغريم المال من الوكيل إن كان قائما ، ويضمنه إن استهلكه . وإذا هلك لا رجوع له عليه إلا إذا ضمنه أخذا من قولهم إن دعواه الإيفاء إقرار بالدين وبالوكالة ، فتأمل وراجع المنقول فإنى لم أر من صرح بذلك والله تعالى أعلم هذا .

ويقرب من هذا الجواب ما ذكره الأصحاب فى تعليل المسألة بقولهم : وهذا لأنه لو لم يكن محقا عنده فى طلب الدين ما اشتغل بذلك فصار كما إذا طلب منه الدين فقال أوفيتك فإنه يكون إقرارا ولم يثبت الإيفاء بمجرد دعواه فيؤمر بالدفع إليه ، كما لو أقر بالوكالة صريحا تأمل اه (قوله دفع المال إليه) فيه إشارة بأنه لايحبسه حتى يحلف الموكل بل يدفعه ويتبع الموكل أو يصبر حتى يحضر فيحلفه ، وكذا فى الوكيل بالاستحقاق وبه صرح فى الهندية (قوله ولو عقارا) أى فإنه إذا برهن على الإيفاء للموكل يقبل عند الإمام فى الدين بخلاف العين ، ويوقف عندهما فى الدين والعين كما فى جامع الفصولين (قوله لأن جوابه) أى المطلوب بما تقدم (قوله تسليم) أى إقرار بالدين وبالوكالة حيث قال : أديت لرب المال أو أبرأنى منه فهو إقرار بالدين والوكالة ، ثم زعم الإيفاء أو الإبراء بلا بينة فلا يقبل زعمه . ووجه الإقرار خفى علىّ .

قال السيد الحموى : وقد جعلوا دعواه الإيفاء لرب المال جوابا للوكيل إقرارا بالدين وبالوكالة ، وأنت ترى أن هذا لايصلح تعليلا ، والتعليل ماذكروه من أن الوكالة تثبت ولم يثبت الإيفاء بمجرد دعواه فلا يؤخر

مالم يبرهن ، وله تحليف الموكل لا الوكيل لأن النيابة لا تجزى فى اليمين خلافا لزفر .

حقه اه (قوله مالم يبرهن) فإذا برهن على دعواه الإيفاء مثلا قبل على الوكيل وإن كان وكيلا بالقبض ، لأن الوكيل به وكيل بالخصومة ، بخلاف وكيل إجارة الدار وقبض الغلة إذا ادعى بعض السكان أنه عجل الأجرة لموكله وبرهن توقف ، ولا يحكم بقبض الأجر حتى يحضر الغائب بحر عن جامع الفصولين .

والفرق أن هذا وكيل فى العقد فحق القبض له أصالة ، فلو أثبت على الغائب كان حكما على الغائب ابتداء ، وفى المسألة السابقة هو وكيل بالقبض فقط والدين لم يثبت بعقده مقدسى (قوله وله تحليف الموكل) أى على أخذه واستيفائه ، فلو كان غائبا فللقاضى أن يحكم له بالدفع فإذا حضر وحلف أنه لم يقر له مثلا بقى الحكم على حاله ، وإن نكل بطل الحكم ولزمه المال دون الوكيل ، فإن كان المال هلك عند الوكيل فلا سبيل له عليه ؛ ولو أقام البينة على القضاء ، فإن شاء أخذ به الموكل ، وإن شاء أخذه من الوكيل لو قائما ، فإن قال الوكيل قد دفعته إلى الموكل أو هلك منى فالقول قوله مع يمينه ، وإن قال أمرنى فدفعته إلى وكيل له أو غريم أو وهبه لى أو قضى من حق كان لى عليه لم يصدق وضمن المال اه (قوله لا الوكيل) ولو على عدم العلم باستيفاء الموكل ، إذ لو أقر لم ينفذ على موكله لأنه على الغير ، وكذا أب طالب زوج بنته البالغة بمهرها وقال ابنتى بكر فى منزلى وقال الزوج بل دخلت بها ولم يبق لها حق القبض صدق الأب لتمسكه بالأصل والزوج يدعى العارض والأب ينكر ، ولا يحلف الأب أنه لايعلم بدخوله ، إذ لو أقر به لم يجر عليها لما مر جامع الفصولين .

أقول : وهذا التعليل أظهر مما ذكره الشارح من أن النيابة لاتجرى فى اليمين لأنها لاتظهر فيه : لأن هذه اليمين على هذا الوجه لا نيابة فيها ، وكأن الشارح تبع الدرر فتدبر .

ثم رأيت الوانى نقل عن صدر الشريعة مايقوى هذا البحث ، وأفاد أن المدعى عليه يريد بذلك إبطال وكالته كأنه يقول له إن صحت وكالتك وحق خصومتك معى موقوفة على بقاء الدين وأنت تعلم أدائى إياه فوكالتك باطلة فإنه إن أنكرت أدائى فاحلف بالله ماتعلمه . قال : والحق أن ماقاله زفر قريب إلى الصواب .

قال فى نور العين عن الخلاصة : وفى الزيادات فى كل موضع لو أقر لزمه فإذا أنكر يستحلف إلا فى ثلاث مسائل :

وكيل شراء وجد عيبا فأراد الرد وأراد البائع تحليفه بالله ما يعلم أن البائع رضى بالعيب لايحلف ، فإن أقر الوكيل لزمه .

الثانية وكيل قبض الدين إذ ادعى عليه المديون أن موكله أبرأه عن الدين واستحلف الوكيل على العلم لايحلفه ولو أقر به لزمه .

يقول الحقير : لم يذكر الثالثة فى الخلاصة ، وفى الثانية نظر ، إذ المقر به هو الإبراء الذى يدعيه المديون فكيف يتصور لزومه على الوكيل اه .

أقول : وفى كلام الفصولين من أنه لو أقر به على موكله لم يجر إشكال لأن الوكيل بالخصومة يملك الإقرار كما علمت ، وهذا يخالف ماذكر آخر العبارة من أنه لو أقر به لزمه : أى لزم الموكل ولعلهما قولان تأمل (قوله خلافا لزفر) فقال أحلفه على علمه ، فإن أبى خرج عن الوكالة لأن البينة لما جاز سماعها عليه لما فيها من إسقاط حقه فى الخصومة جاز أن يستحلف لينكل فيثبت هذا المعنى .

ولأبى حنيفة وأبى يوسف أن الوكيل قام مقام الموكل فى الخصومة والقائم عن غيره لايستحلف فيما يدعى قبله من الاستيفاء كالوصى اه شلبى .

(ولو وكله بعيب فى أمة وادعى البائع أن المشترى رضى بالعيب لم يرد عليه حتى يحلف المشترى) والفرق أن القضاء هنا فسخ لا يقبل النقض ، بخلاف ما مر خلافا لهما (فلو ردها الوكيل على البائع بالعيب فحضر الموكل وصدقه على الرضا كانت له لا للبائع) اتفاقا فى الأصح ، لأن القضاء لا عن دليل بل للجهل بالرضا ثم

وفى العناية : ولم يذكر محمدا إما أنه لا رواية عنه ، أو أنه مع زفر . قال بعضهم وقول زفر هو الحق اه ومثله فى حاشية المولى عبد الحليم (قوله بعيب فى أمة) أى برد أمة بسبب عيب ح (قوله لم يرد عليه) أى لم يرد الوكيل على البائع ح (قوله حتى يحلف المشترى) يعنى لا يقضى القاضى عليه بالرد حتى يحضر المشترى ويحلف أنه لم يرض بالعيب وهذا عند عدم البينة ، فإن أقام البينة على الرضا قضى بلزوم البيع (قوله والفرق الخ) أى بين هذه المسألة حيث لا ترد الأمة على البائع وبين الذى قبلها حيث يدفع الغريم المال إلى الوكيل ح بزيادة .

أقول : هذا الفرق يخالف ما يأتى قريبا أنه إذا صدقه كانت له اتفاقا ، ولعل الأولى فى التعليل أن يقال إن البائع منكر لاستحقاق الرد عليه فيكون القول قوله ما لم يثبت عليه بيمين المشترى ، بخلاف الدين فإنه قد اعترف باشتغال ذمته به ثم يريد الخروج عنه فلا يصدق إلا ببرهان ، ولا شك أن البائع هنا دافع استحقاق الرد عليه والمديون رافع الدين قد لزمه باعترافه والدفع أسهل من الرفع .

ولا يقال : إن قوله هنا لم يرد عليه : أى لا يقضى الحنفى بذلك ، وقوله لأن القضاء لا عن دليل أى قضاء غير الحنفى لأن القضاء يرفع الخلاف مطلقا سواء كان القاضى حنفيا أو غيره إلا فى مسائل مستثناة إلا أن تجعل هذه المسألة منها . ولا يقال إن الحنفى قضى بخلاف مذهبه لأن المعتمد فى المسألة أنه لا ينفذ قضاؤه فى ذلك ولا يقال معنى قولهم لم يرد لا ينبغى أن يرد لأنه خلاف المعروف فى مثل هذه العبارة وتأكد ذلك بقرينة مقابله وهو دفع الغريم المال ، وليس هو من قبيل ينبغى بل يجب ، ويرده قوله إن القضاء هنا فسخ لا يقبل النقض ، وصرح فى البحر والتبيين بأن بعد القضاء لا يستحلف المشترى لعدم الفائدة لأن القضاء ينفذ عنده ظاهرا وباطنا (قوله فسخ لا يقبل النقض) لأن التدارك ممكن هنا باسترداد ما قبضه الوكيل إذا ظهر الخطأ عند نكوله ، ولا يمكن ذلك فى العيب لأن القضاء بالفسخ نافذ ظاهرا وباطنا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى فيصح القضاء ويلزم ، ولا يستحلف المشترى بعد ذلك لأنه لا يفيد إذ لا يجوز فسخ القضاء . وفى مسألة الدين ليس فيه قضاء وإنما فيه الأمر بالتسليم ، فإذا ظهر الخطأ فيه أمكن نزعه منه ودفعه إلى الغريم من غير نقض القضاء ولأن حق الطالب فى الدين ثابت بيقين لتحقق الموجب فلا يمتنع عن الوكيل استيفاؤه ما لم يثبت الغريم ما يسقطه ، ولا كذلك العيب لأنه لم يتيقن بثبوت حق المشترى فى الرد لاحتمال أنه رأى العيب ورضى به وقت التسليم فيمتنع ثبوت حقه فى الرد أصلا . وقالوا : عند أبى يوسف ومحمد يجب أن لا يفرق بين المسألتين بل يرد فيهما . وقيل الأصح عند أبى يوسف أن يؤخر فى الفصلين لأن من مذهبه أن القاضى لا يرد بالعيب على البائع ما لم يستحلف المشترى بالله ما رضيت بهذا العيب ، وإن لم يدع البائع الرضا فلا بد من حضور المشترى وحلفه اه (قوله بخلاف ما مر) أى من مسألة الدين ، لأن التدارك فيها ممكن باسترداد ما قبضه الوكيل إذا ظهر الخطأ عند نكوله إذ القضاء لم ينفذ باطنا لأنه ما قضى إلا بمجرد التسليم فلم يكن قضاء فى العقود والفسوخ (قوله خلافا لهما) أى لأبى يوسف ومحمد حيث قالا : لا يؤخر القضاء فى الفصلين لأن قضاء القاضى عندهما ينفذ ظاهرا فقط إذا ظهر الخطأ ح ، وأراد بقوله فى الفصلين فصل الرد بالعيب وفصل الدين عند ادعاء ما يبرئه ، وقيل الأصح عند أبى يوسف أنه يؤخر فى الفصلين ، لأن مذهبه أن القاضى لا يرد بالعيب على البائع ما لم يستحلف المشترى بالله ما رضيت بهذا العيب وإن لم يدع البائع الرضا إلى آخر ما قدمناه قريبا عن مذهبه (قوله فلو ردها الوكيل الخ)

ظهر خلافه فلا ينفذ باطنا نهاية (والمأمور بالإنفاق على أهل أو بناء) أو القضاء لدين أو الشراء أو التصدق عن زكاة (إذ أمسك ما دفع إليه ونقد من ماله) ناويا الرجوع ، كذا قيد الخامسة فى الأشباه (حال قيامه لم يكن متبرعا) بل يقع التقاص استحسانا

مناف لما تقدم من أن القاضى لايقضى بالرد ، اللهم إلا أن يقال معناه لاينبغى له ذلك ، فلو فعل كان القضاء موقوفا ، فإن حضر المشترى وكذب البائع مضى القضاء على الصحة ، وإن صدقه استردها تأمل ح ، ولاتنس ماتقدم قريبا والمراد بردها : أى بالقضاء، يدل له قوله لأن القضاء لا عن دليل الخ وإذا كان الرد بدون قضاء فالحكم كذلك بالأولى .

ولا يقال إنه لم يرد عليه للعلة المتقدمة فكيف يقال فلو ردها الخ فهذا تناقض . لأنا نقول لم يرد عليه أى لايسوغ للقاضى الحنفى أن يحكم عليه بالرد لئلا يتضرر البائع للزوم الفسخ ، وقوله فلو ردها عليه أى بقضاء غير حنفى يرى ذلك لم يكن فسخا اتفاقا لأن القضاء لا عن دليل الخ لكن بهذا التعليل يبطل ماعلل به أولا بمنع الرد على البائع إلا أن يجعل هذا من المسائل التى لاينفذ فيها حكم القاضى حيث كانت لا عن دليل ولذا لايسوغ للحنفى أن يقضى بها فتأمل .

وأقول : إن ردها أيضا على المشترى البائع عند الإمام لايكون إلا بعد حلف المشترى فلم يكن القضاء عن جهل بل عن دليل ، ولو ردها بلا حلفه لم يكن له ذلك عنده ، إلا أن يقال إنه حكم به على قولهما فإذا حضر وصدق على الرضا كان القضاء باطلا اتفاقا ، أو يقال إن البائع أسقط حقه فى اليمين فليتأمل (قوله فلا ينفذ باطنا) اعترض بأنه إذا جاز نقض القضاء هنا عند أبى حنيفة أيضا بأى سبب كان لايتم الدليل المذكور للفرق بين المسألتين (قوله أو الشراء) قيد به لما فى البحر عن الخلاصة : الوكيل ببيع الدينار إذ أمسكه وباع ديناره لايصح ، والوكيل بالشراء إذا اشترى ما أمر به ثم أنفق الدراهم بعد ماسلم إلى الآمر ثم نقد البائع غيرها جاز ، ولو اشترى بدنانير غيرها ثم نقد دنانير الموكل فالشراء للوكيل وضمن للموكل دنانيره للتعدى اهـ وبه ظهر أن التفصيل هو المختار خلافا لما أطلقه المصنف والشارح كما علمته مما نقلناه (قوله عن زكاة) الظاهر أنه ليس بقيد ح ، ويدل عليه إطلاق مايأتى عن المنتقى (قوله ناويا الرجوع) أى ناويا جعل الذى قبضه من الموكل عوض ماتصدق به من مال نفسه (قوله كذا قيد الخامسة فى الأشباه الخ) الظاهر أنه قيد فى المسائل كلها لكن ديانة ، لأن الوكيل فى غير معين لايقع مافعله لموكله إلا بالنية ، فإن تصادقا عليها فلا كلام ، وإن جحد الموكل نيته نظر إلى نقد الثمن ، فإن نقده من مال الموكل كان لموكله وإلا كان لنفسه وكل ذلك فى القضاء ، أما الديانة فالشراء لموكله متى نواه له فيجرم على الموكل دفعه إن غلب على ظنه صدقه ، والواقع فى مسألتنا أنه اشترى بغير مال الموكل فلا بد من النية (قوله حال قيامه) أما لو استهلكه ثم أنفق من عنده يكون متبرعا إجماعا لأن الوكالة قد بطلت فدفع العوض إلى غير مالكه بغير أمره تبرع كما قرره الإتقانى (قوله لم يكن متبرعا) إذا كان المال قائما ، قيل يفيد بمفهومه أنه لو اشترى بالمدفوع إليه شيئا لنفسه ثم اشترى بمال نفسه المأمور بشرائه للموكل لايجوز ولا ينفذ على الموكل .

وقضيته نفوذه على نفسه ويكون ضامنا مال الموكل ، لكن يبقى لو كان المدفوع غير النقدين مثليا أو قيميا فاشترى لنفسه وكان المدفوع باقيا فى يد من اشترى منه هل للموكل المطالبة بعين ماله أم يضمن الوكيل المثل أو القيمة ؟ محل تأمل ، والظاهر الأول فتدبر كذا فى الحواشى الحموية (قوله بل يقع التقاص استحسانا)

(إذا لم يضف إلى غيره) فلو كانت وقت إنفاقه مستهلكة ولو بصرفها الدين نفسه أو أضاف العقد إلى دراهم نفسه ضمن وصار مشتريا لنفسه متبرعا بالإنفاق لأن الدراهم تتعين فى الوكالة نهاية وبزازية نعم فى الملتقى : لو أمره أن يقبض من مديونه ألفا ويتصدق فتصدق بألف ليرجع على المديون

لأن الوكيل بالإنفاق وكيل بالشراء لأن الإنفاق لايكون بدون الشراء فيكون التوكيل به توكيلا بالشراء ، والوكيل بالشراء يملك النقد من مال نفسه ثم يرجع به على الآمر ، وهذا لأنه لايستصحب مال الآمر فى كل مكان وينفق له ما أمره من غير قصد فيشتريه له ويحتاج للنقد من مال نفسه فلم يكن متبرعا تحقيقا لقصد الآمر ونفيا للحرج عن المأمور .

والقياس أن يكون متبرعا لأنه خالف أمره وأنفق ماله على غيره بغير أمره فيرد مال الموكل ، لأن الموكل أمره أن ينفق من ماله لا من مال نفسه فلما أنفق من مال نفسه خالف وكان متطوعا كما فى المقدسى والدرر .

قال قاضيخان : رجل دفع إلى رجل عشرة دراهم وأمره أن يتصدق بها فأمسكها الوكيل وتصدق بعشرة دراهم من عنده جاز استحسانا وتكون العشرة له بالعشرة اهـ (قوله إذا لم يضف إلى غيره) أى غير مال الآمر سواء أضاف إلى مال الآمر أو أطلق ، ومفهومه صرح به المؤلف فى قوله أو أضاف العقد إلى دراهم نفسه (قوله فلو كانت وقت إنفاقه مستهلكة) ومثله الشراء والصدقة وبهما صرح فى البحر (قوله ولو بصرفها لدين نفسه) أو غيره (قوله أو أضاف العقد إلى دراهم نفسه) هذا محمول على ما إذا لم ينو أو نوى لنفسه ، أما لو نوى لموكله فإن الوكيل يصح أن يشترى من مال نفسه ويرجع على موكله ، لكن حيث أضاف إلى دراهم نفسه كان الظاهر أنه مشتر لها فلا يصدق قضاء ، وكذا بعد استهلاكها أفاده الرحمتى (قوله وصار مشتريا لنفسه) ومثل وكيل النفقة وكيل الشراء عند محمد وهو الصحيح ولذا مشى عليه المتن ، لأن الوكالة تبطل بهلاك مال الآمر قبل الشراء خانية ، لكن ذكر فيها فى مسألة النفقة أن الضمان قول محمد ، وعدمه قول أبى يوسف وقدمه .

وفى البزازية : أمره بإنفاق عشرة من عنده ليرجع فقال المأمور أنفقت وكذبه الآمر وطلب المأمور أن يحلفه مايعلم أنه أنفق على أهله فله ذلك اهـ فأفاد أنهما إذا اختلفا فى أصل الإنفاق فالقول للمنكر ، ولو اختلفا فى القدر فالقول لمنكر الزيادة على مدعيها البينة فتاوى خير الدين . وفيها : ولو اختلفا فى القدر وقد دفع الآمر للمأمور مالا لينفق منه حكى قولين بتصديق المأمور وعدمه ومال إلى الأول فاحفظه .

وفى البزازية : قال استدن وأنفق على زوجتى وأولادى الصغار كل شهر عشرة فقال فعلت وصدقته المرأة وكذبه الآمر لم يصدق إلا إذا كان الحاكم فرض لها ذلك لأخذها ذلك بإذن الحاكم ، ولو كذبه الآمر وأراد المأمور يمين الآمر حلف الآمر بالله ماتعلم أنه أنفق على أهلك كذا ، ولو زعم الآمر أنه أنفق دون ذلك فالقول للمأمور ولا يشبه هذا الوصى (قوله لأن الدراهم تتعين فى الوكالة) فإذا هلكت الدراهم قبل الإنفاق أو قبل الشراء بها فى التوكيل بالشراء بطلت الوكالة ، فإذا أنفق عشرة من عنده كان متبرعا فلا يكون له أن يرجع على الموكل ولأنه خالف الأمر فيرد مال الموكل ، لأن الموكل أمره بأن ينفق من ماله لا من مال نفسه فلما أنفق من مال نفسه خالف وكان متطوعا ط عن الإتقانى .

أقول : ومقتضى ما تقدم أنه مذهب الإمام . وعندهما لا تتعين فى المعاملات والوكالة منها تأمل (قوله نعم فى الملتقى) الذى فى البحر عزوه إلى المنتقى بالنون وهو كذلك فى بعض النسخ وكذا فى المنح ، ومن غير استدراك بنعم .

جاز استحسانا .

(وصى أنفق من ماله و) الحال أن (مالى اليتيم غائب فهو) أى الوصى كالأب (متطوع إلا أن يشهد أنه قرض عليه أوأنه يرجع) عليه جامع الفصولين وغيره ، وعلله فى الخلاصة بأن قول الوصى وإن اعتبر فى الإنفاق لكن لا يقبل فى الرجوع فى مال اليتيم إلا بالبينة .

[فروع] الوكالة المجردة لا تدخل تحت الحكم

والوجه فيها أن الدراهم التى أمر بقبضها من مديونه كأنها قائمة وقد تصدق من ماله مع قيامها فلا يكون متبرعا فظهر أنه لاوجه للاستدراك بنعم لأنها لا تنافى ما قبلها ، فإن قيام الدين فى ذمة المديون كقيام المال فى يد الوكيل ط و ح (قوله جاز استحسانا) أى جاز قضاء لا ديانة لأنه لم يأمره بالشراء بمال معين بل بمال فى ذمة المديون فكان بمنزلة مالو كانت الدراهم عنده كما علمت (قوله ومال اليتيم غائب) والحاضر كذلك بالأولى ح (قوله جامع الفصولين) عبارته كما فى البحر نقد من ماله ثمن شىء شراه لولده ونوى الرجوع يرجع ديانة لا قضاء ما لم يشهد ، ولو ثوبا أو طعاما وأشهد أنه يرجع فله أن يرجع لو له مال وإلا فلا لوجوبهما عليه حلبى ، ولو قنا أو شيئا لا يلزمه رجع ، وإن لم يكن له مال لو أشهد وإلا لا ، ولو أنفق عليه الوصى من ماله ومال اليتيم غائب وهو متطوع إلا أن يشهد أنه قرض عليه أو أنه يرجع اه .

ونقل الشارح فى آخر كتاب الوصايا ما يوافق هذا وما يخالفه ، فقد اضطرب كلام أئمتنا فى الرجوع مطلقا أو بالإشهاد عليه والتحرير ما فى أدب الأوصياء عن المحيط أن فى رجوع الوصى بلا إشهاد للرجوع اختلاف المشايخ .

والذى حرره سيدى الوالد ثمة أن فى المسئلة قولين : أحدهما عدم الرجوع بلا إشهاد فى كل من الأب والوصى . والثانى اشتراط الإشهاد فى الأب فقط ، ومثله الأم والوصى على أولادهما ، وعللوه بأن الغالب من شفقة الوالدين الإنفاق على الأولاد للبر والصلة لا للرجوع ، بخلاف الوصى الأجنبى فلا يحتاج فى الرجوع إلى الإشهاد والقول الأول استحسانا والثانى قياس ، ومقتضاه ترجيح الأول وعليه مشى المصنف هنا ، وهذا كله فى القضاء ، والله تعالى أعلم اه وتمامه وتمام الفوائد على ذلك هناك فراجعه إن شئت (قوله فروع) تكرار مع ما يأتى قريبا أول الباب (قوله الوكالة المجردة) أى عن حضور خصم ما جاحد أو مقرّ بها قال فى الكافى : ولا يجوز إثبات الوكالة والولاية بلا خصم حاضر ، وقدمنا أنه لا يثبت التوكيل بشهود مضمون الحجة ما لم يشهد الشهود بالتوكيل بناء على دعوى صحيحة فراجعه (قوله لا تدخل تحت الحكم) يعنى لا تثبت بسماع القاضى : قال المولى عبد الحليم : الوكالة المجردة ولو كانت وكالة عامة لا تتضمن الأمر بالأداء ولا الضمان ، ومن ذلك تفرع على ذلك أنه لا يجبر على الوكيل بالإعتاق والتدبير والكتابة والهبة من فلان والبيع وطلاق فلانة وقضاء دين فلان إذا غاب الموكل ولا يحبس الوكيل بدين موكله ولو كانت وكالة عامة إلا إن ضمن كما فى الأشباه :

اعترض عليه أن قارئ الهداية سئل هل يحبس الوكيل فى دين وجب على موكله إذا كان للموكل مال تحت يد وكيله وامتنع الوكيل من إعطائه سواء كان الموكل حاضرا أو غائبا ؟ أجاب : إنما يجبر على دفع ما ثبت على موكله من الدين إذ ثبت أن الموكل أمر الوكيل بدفع الدين أو كان كفيلا وإلا فلا يحبس اه .

قلت : هذا الاعتراض ساقط عن آخره ، لما أن ما فى الأشباه مبتنية على الوكالة المجردة وهى لا تتضمن الأمر بالأداء ولا الضمان فيكون متبرعا فى فعله ما لم يؤمر به ولم يتعلق حق الغير بوكالته فيكون كالواهب حيث لا يجبر

وبيانه فى الدرر .
صح التوكيل بالسلم لا بقبول عقد السلم . فللناظر أن يسلم من ريعه فى زيته وحصره ، وليس له أن يوكل

على التسليم (قوله وبيانه فى الدرر) يستغنى عنه بما سيأتى من قول المصنف أول الباب الآتى ولا يصح الحكم بها مقصودا قال فيها نقلا عن الصغرى : الوكيل بقبض الدين إذا أحضر خصما فأقر بالتوكيل وأنكر الدين لا تثبت الوكالة ، حتى لو أراد الوكيل إقامة البينة على الدين لا تقبل ، وإذا ادعى أن فلانا وكله بطلب كل حق له بالكوفة وبقبضه والخصومة فيه وجاء بالبينة على الوكالة أو الموكل غائب ولم يحضر الوكيل أحد للموكل قبله حق فإن القاضى لا يسمع من شهوده حتى لا يحضر خصما جاحدا ذلك ومقرا به فحينئذ يسمع ويقرر الوكالة فإن أحضر بعد ذلك غريما يدعى عليه حقا للموكل لم يحتج إلى إعادة البينة ، ولو كان يدعى أنه وكله بطلب كل حق له قبل إنسان بعينه يشترط حضرة ذلك بعينه . ولو أثبت ذلك بمحضر من ذلك المعين ثم جاء بخصم آخر يدعى عليه حقا يقيم البينة على الوكالة مرة أخرى اﻫ ثم قال فيها بعده : لوأقام الوكيل بقبض كل حق بينة شهدت دفعة على الوكالة ، وعلى الحق للموكل على المدعى عليه . قال أبو حنيفة : تقبل على الوكالة لاغير ، فإذا قضى بها يؤمر الوكيل بإعادة البينة على الحق للموكل على المدعى عليه . وعندهما تقبل على الآمر ويقضى بالوكالة أولا ثم بالمال ، وكذا الخلاف فى دعوى الوصاية أو الوراثة مع المال اﻫ فقوله ولم يحضر الوكيل أحدا أى من الكوفة للموكل من قبله حق أى عليه حق للموكل سواء كان مقرا بتوكيله أوجاحدا وهو المراد من إطلاقه وتعميمه ، وقوله قبله نصب على نزع الخافض متعلق بحق وهو مبتدأ خبره للموكل والجملة صفة أحدا وذلك إشارة إلى التوكيل ، كما أن الضمير المجرور فى به عائد إليه . يعنى إذا أحضر خصما جاحدا أو مقرا يسمع القاضى دعوى وكالته ويقبل بينته عليها هذا هو المراد لا أنه ثبتت وكالته بالإقرار . ويتقرر مطلقا من غير حاجة إلى البينة كما ظن (قوله صح التوكيل بالسلم) أى الإسلام بأن يدفع الدراهم لإنسان ليسلمها على بر مثلا فهو جائز كالبيع والشراء ، وقد تقدم التنبيه على هذه المسئلة فى باب الوكالة بالبيع والشراء حيث قال هناك : والمراد بالسلم الإسلام لاقبول السلم فإنه لا يجوز ابن كمال وأوضحناه بعبارة الزيلعى فراجعه :

وفى شرح الوهبانية قال فى المبسوط : وإذا وكله أن يأخذ الدراهم فى طعام مسمى فأخذها الوكيل ثم دفعها إلى الموكل فالطعام على الوكيل ، وللوكيل على الموكل الدراهم قرض لأن أصل التوكيل باطل ، لأن المسلم إليه أمره ببيع الطعام من ذمته إلى ذمة الوكيل . ولو أمره أن يبيع عين ماله على أن يكون الثمن على الآمر كان باطلا فكذلك إذا أمره أن يبيع طعاما فى ذمته وقبول السلم من صنيع المفاليس فالتوكيل به باطل اﻫ (قوله لا بقبول عقد السلم) فإذا وكله أن يأخذ الدراهم فى طعام مسمى فأخذها الوكيل إلى آخر ما قدمناه فى المقولة السابقة (قوله فللناظر أن يسلم الخ) فرعه على ما قبله لأنه كالوكيل على ما صرحوا به وفى هذه العبارة إيجاز ألحقها بالألغاز ، وهى مشتملة على مسئلتين :

إحداهما : يجوز للقيم أن يسلم من ريع الوقف فى زيته وحصره كالوكيل بعقد السلم ثم رأس المال ، وإن ثبت فى ذمته كالمسئلة السابقة فهو مأمور بدفع بدله من غلة الوقف ، وليس المراد ثبوته فى الذمة متأخرا ليفسد العقد ، بل المراد أنه كالثمن ثبت فى الذمة ثم مايعطيه يكون بدلا عما وجب وهنا يعطيه فى المجلس كالتوكيل بالشراء يصح وإن لم يكن الثمن ملكه . أو نقول : الثمن هنا معين أى رأس مال السلم لأن مال الأمانة يتعين بالتعيين .

ثانيتهما : قد علمت أن قيم الوقف وكيل الوقف ، والوكالة أمانة لايصح بيعها ولما اشتهرت أن ذلك لايصح

به من يجعله بجعل أمينا على القرية فيأمره بعقد السلم ويستلم منه على ما قرر له باطنا لأنه وكيل الواقف والوكالة أمانة لا يصح بيعها ، وتمامه فى شرح الوهبانية .

باب عزل الوكيل

جعل النظار له حيلة إذا أرادوا أن يجعلوا فى القرية أمينا يحفظ زرعها ويقررون له على ذلك جعلا ، وهى أن يأمروه بعقد السلم ويستلموا من الوكلاء على ما هو مقرر لهم باطنا فالغلة المسلم فيها تثبت فى ذمة الوكيل ، ولو صرفها من غلة الوقف ضمنها ، ولو صرف مال المسلم على المستحقين لم يرجع به فى غلة الوقف وكان متبرعا لأنه صرف مال نفسه فى غير ما أذن له فيه تخريجا عن المسئلة السابقة لأنه توكيل بقبول السلم ، هذا حاصل ما ذكره شراح الوهبانية فى هذا المحل ، وقد صعب علىّ فهم هذا الكلام ولم يتلخص منه حاصل مدة طويلة حتى فتح المولى بشىء يغلب على ظنى أنه هو المراد فى تصوير هذه الحيلة فى المسئلة الثانية. وهى أن شخصا يكون ناظرا على وقف فيريد أن يجعل أمينا قادرا عليه بحيث ينتفع هو عاجلا والأمين آجلا فإذا أخذ من الأمين شيئا على ذلك ليقوم مقامه ويأخذ مستغلات الوقف بدلا عن الجعل فهو لا يجوز لأنه بيع الوكالة فى المغنى ؛ لما علمت أن الناظر وكيل الواقف ، وهذا يفعل فى زماننا كثير فى المقاطعات والأوقاف ويسمونه التزامات ، فإذا تحيل له بهذه الحيلة وهى أن يأخذ الناظر من الأمين مبلغا معلوما سلما على غلة الوقف ليصرفه ويأخذ منه ما عينه له الواقف من العشر مثلا ويستغل ذلك الأمين غلة الوقف على أنه المسلم فيه ليحصل للناظر نفع بنظارته وللأمين بأمانته فهو أيضا لا يجوز لأن الناظر وكيل عن الواقف فكأنه صار وكيلا عن الواقف فى قبول عقد السلم وأخذ الدراهم على الغلة الخارجة. وقد علمت أن الجائز التوكيل بعقد السلم لا بقبوله ، فإذا أخذ الدراهم وصرفها على المستحقين يكون متبرعا صارفا من مال نفسه وثبتت الغلة فى ذمته فيلزمه مثلها ، هذا ماظهر لى ثم لا يخفى أن هذا كله إنما يكون بعد بيان مقدار المسلم فيه مع سائر شروط السلم وإلا فيكون فساده من جهة أخرى كما لا يخفى . والله تعالى أعلم ، أفاده سيدى الوالد رحمه الله تعالى (قوله به) أى بقبول السلم (قوله من يجعله) أى متولى الوقف بمقابلة جعل يتراضيان عليه كما علمت (قوله أمينا) مفعول يجعل (قوله فيأمره بعقد السلم) فيما يخرج من حبوب أرض الوقف وهذا هو محط الفائدة وإنما لم يجز لما علمت (قوله ويستلم) أى يقبض قدر ماتراضيا عليه من الجعل بجعله أمينا على القرية (قوله لأنه) أى متولى الوقف (قوله لا يصح بيعها) أى الوكالة التى هى أمانة ، فلا يصح التزام الجعل فى مقابلتها أى ولا الحيلة التى اصطنعها لأن التوكيل فى قبول الاستلام باطل (قوله وتمامه فى شرح الوهبانية) حاصله أنه فيه أربع مسائل :

الأولى : التوكيل بالسلم جائز كالبيع والشراء وهى معروفة وتقدمت. الثانية : لا يجوز التوكيل بقبول عقد السلم وقد علمته مما تقدم أيضا . الثالثة : قيم الوقف وكيل الواقف والوكالة أمانة لا يصح بيعها إلى آخر ما تقدم أيضا . الرابعة : يجوز للقيم أن يسلم من ريعه فى زيته وحصيره بمنزلة الوكيل بعقد السلم ورأس المال ، وإن ثبت فى ذمته فهو مأمور بدفع بدله من غلة الوقف ، وليس المراد ثبوته فى ذمته متأخرا فيفسد العقد بل المراد أنه كالمترتب فى الذمة ثم مايعطيه يكون بدلا عما وجب كما تقدم ، وأستغفر الله العظيم .

باب عزل الوكيل

من إضافة المصدر إلى فاعله أو مفعوله ، وأخره عن الوكالة لما أنه يقتضى سبق ثبوتها وهو رافعها فناسب

(الوكالة من العقود الغير اللازمة) كالعارية (فلا يدخلها خيار شرط ، ولا يصح الحكم بها مقصودا وإنما يصح فى ضمن دعوى صحيحة على غريم) وبيانه فى الدرر .
(فللموكل العزل متى شاء ما لم يتعلق به حق الغير) كوكيل خصومة يطلب الخصم كما سيجىء ولو الوكالة دورية

ذكره آخرا (قوله الوكالة من العقود الغير اللازمة) لأنها عقد تبرع ولا لزوم فى التبرعات إلا بعد استيفائها ، والوكالة والعارية ينعقدان على أمر مستقبل فلا يلزمان فيه قبل وجوده (قوله فلا يدخلها خيار شرط) تفريع على عدم اللزوم ، لأن الأمر اللازم ربما تتبين مضرته فيعقبه الندم فشرع فيه الخيار لدفع ما يتوقع ولا حاجة فيه للأمر الغير اللازم (قوله ولا يصح) أى ويتفرع أيضا على عدم لزومها عدم صحة الحكم بها مقصودا لأنه لا فائدة فى ذلك حيث لم تكن لازمة ، لكنها تصح فى ضمن دعوى صحيحة ليتمكن من الجرى على مقتضاها ، وهذا ما قدمه فى الفروع من قوله الوكالة المجردة الخ (قوله وبيانه فى الدرر) تقدم نقل عبارتها قريبا (قوله فللموكل العزل متى شاء) حيث لم تكن لازمة من الجانبين فللموكل الخ أى هذا هو الأصل فيها ، وقد تصير لازمة لعارض تعلق حق الغير كما بينه بقوله مالم الخ ، وإنما يتوقف بطلان الوكالة على العزل إذا لم ينته الأمر ، فإذا بلغ نهايته انعزل بلا عزل كما يأتى . قال الرملى : أطلق العزل فشمل مالو وكله وشرط على نفسه عدم العزل أو مدة حياته أو أبدا كما هو ظاهر . فقد صرح فى الإسعاف أن منصوب الواقف كالوكيل عنه فيملك عزله متى شاء وإن شرط أنه لا يعزل : والله تعالى أعلم (قوله كوكيل خصومة) أى عن المطلوب وهو تمثيل للمدخول النفى : أى ليس له عزله وإن علم به الوكيل لتعلق حق الغير به . قال فى الفصول : وهذا إذا علم الوكيل بالوكالة ، وإن لم يعلم بها فله عزله على كل حال .

قال فى البحر : ثم يطرأ على الوكالة اللزوم فى مسائل : منها الوكالة ببيع الرهن سواء كانت مشروطة فى عقد الرهن أو بعده على الأصح فتلزم كالرهن . ومنها الوكالة بالخصومة بالتماس الطالب عند غيبة المطلوب ، لأنه إنما خلى سبيله اعتمادا على أنه يتمكن من إثبات حقه متى شاء ، فلو جاز عزله لتضرر به الطالب عند اختفاء المطلوب بخلاف ما إذا كان المطلوب حاضرا أو كانت الوكالة من غير التماس الطالب أو كانت من جهته لتمكنه من الخصومة مع المطلوب فى الوجه الأول ولعدم تعلق حقه بالوكالة فى الوجه الثانى إذ هو لم يطالب . وفى الوجه الثالث العزل إلى الطالب وهو صاحب الحق ، فله أن يعزله ويباشر الخصومة بنفسه . وله أن يتركها بالكلية ، وعلى هذا قال بعض المشايخ : إذا وكل الزوج بطلاق زوجته بالتماسها ثم غاب لا يملك عزله وليس بشىء بل له عزله فى الصحيح لأن المرأة لا حق لها فى الطلاق اهـ . قال العلامة قاسم زيادة فى التعليل : ولأن الزوج غير مجبور على الطلاق وعلى التوكيل به . وإنما جعله وكيلا باختياره فيملك عزله كما فى سائر الوكالات اهـ .

وعلى هذا قالوا : لو قال الموكل للوكيل كلما عزلتك فأنت وكيلى لا يملك عزله لأنه كلما عزله تجددت الوكالة له ، وقيل ينعزل بقوله كلما وكلتك فأنت معزول .

وقال صاحب النهاية إنه يملك عزله بأن يقول عزلتك عن جميع الوكالات فينصرف ذلك إلى المعلق والمنفذ وكلاهما ليس بشىء ، ولكن الصحيح إذا أراد عزله وأراد أن لا تنعقد الوكالة بعد العزل أن يقول رجعت عن المعلقة وعزلتك عن المنجزة ، لأن ما لا يكون لازما يصح الرجوع عنه والوكالة منه زيلعى ملخصا . وسيأتى قريبا نظيره عن البزازية (قوله كما سيجىء) أى قريبا (قوله ولو الوكالة دورية) كقوله كلما عزلتك فأنت وكيلى ، ثم لا يخلو إما أن يكون مبالغة على قوله فللموكل العزل أو على قوله مالم يتعلق به حق الغير ، فعلى الأول

فى طلاق وعتاق على ما صححه البزازى ، وسيجىء عن العينى خلافه فتنبه

يكون المعنى أن له العزل ولو كانت الوكالة دورية والمبالغة حينئذ ظاهرة ، وعلى الثانى أنه ليس له العزل فى الوكالة الدورية ، وعلى كل ففى كلام الشارح مناقشة ، أما على الأول فلمنافاته لقوله وسيجىء عن العينى خلافه ، لأن الذى سيجىء أن له العزل فليس خلافه . وأما على الثانى فلأنه يقتضى أنه مما تعلق به حق الغير وليس كذلك لأن من يقول بعدم عزله فى الوكالة الدورية يقول إنه لا يمكن ، لأنه كلما عزله تجددت له وكالة . وقوله فى طلاق وعتاق يحتمل أنه حال من الوكالة الدورية ، ويحتمل أنه مسألة أخرى من مدخول لو أيضا أى ولو فى طلاق وعتاق لا بقيد كونه فى الوكالة الدورية ، وفى كل مناقشة أيضا ، لأن البزازى لم يصحح شيئا منهما ، بل قال وكله غير جائز الرجوع . قال بعض المشايخ : ليس أن يعزله فى الطلاق والعتاق . وقال بعض مشايخنا : له العزل وليس فيه رواية مسطورة ، وقال قبله : وعزل الوكيل بالطلاق والنكاح لا يصح بلا علم ، لأنه وإن لم يلحقه ضرر لكنه يصير مكذبا فيكون غررا اهـ نعم يصح حمله على الثانى إن جعلت المبالغة على قوله فللموكل عزله .

ولا يرد حينئذ عليه أنه مما لا حق فيه للغير كما سيصرح به ، والظاهر أن قوله وسيجىء عن العينى خلافه وقع من سهو القلم ولو حذفه لاستقام الكلام وانتظم .

والعبارة الجيدة أن يقال : فللموكل العزل متى شاء ولو الوكالة دورية مالم يتعلق به حق الغير كوكيل خصومة بطلب الخصم يشترط علم الوكيل ولو فى طلاق وعتاق ، أفاده سيدى الوالد رحمه الله تعالى .

قال فى البزازية : وإذا أراد الموكل عزله عن الوكالة الدورية كيف يعزله ؟ قيل يقول عزلتك كلما وكلتك وأنه لا يصح لأن فيه تعليق العزل بالشرط حيث قال إن صرت وكيلى فأنت معزول ولأن المعلقة بالعزل غير ثابتة فكيف يصح العزل عنه ، واختار شمس الأئمة أن يقول عزلتك عن الوكالات كلها أو عزلتك عن ذلك كله وأنه أيضا مشكل ، لأن الإخراج قبل الدخول فى ذلك الشىء لا يتصور والعزل إخراج والمعلقة غير نازلة فلا يتصور الإخراج . قال الفقيه أبو جعفر والإمام ظهير الدين يقول رجعت عن المعلقة وعزلته عن المنفذة ، ولا يقدم العزل عن المنفذة على الرجوع عن المعلقة لأنه إذا قدم العزل عن المنفذة تنجز وكالة أخرى من المعلقة فلا ينعزل بعد عنها بالرجوع عن المعلقة اهـ .

قال فى البحر : ثم اعلم أنه لو قال كلما وكلتك فأنت معزول لم يصح . والفرق أن التوكيل يصح تعليقه بالشروط والعزل لا كما صرح به فى الصغرى والصيرفية ، فإذا وكله لم ينعزل اهـ وهذا بخلاف ما يأتى قريبا فى كلام الشارح عن العينى فتنبه ، وسيأتى آخر الكتاب فى مسائل شتى (قوله فى طلاق وعتاق) قال الطحطاوى عازيا للخلاصة : المختار أنه يملك عزله بمحضر منه إلا فى الطلاق والعتاق والتوكيل بسؤال الخصم .

وفى منية المفتى قال مشايخنا : يملك عزله فى الفصول كلها وهذا إن شاء الله هو المعتمد بحر أى فى غير التوكيل بسؤال الخصم (قوله على ما صححه البزازى) قدمنا قريبا عبارته . وعلل أيضا بأن الوكيل ينعزل مالم يتعلق به حق الغير أو كانت دورية فى طلاق وعتاق صيانة لحق الغير فيما تعلق به ، ولأن الطلاق والعتاق يتعلقان بالأخطار فكانا يمينين ، ولا يصح الرجوع عن اليمين : هذا خلاصة ما حرره البزازى وقد علمت ضعفه (قوله وسيجىء الخ) أى قريبا حيث أطلق فى قوله ولا قوله كلما عزلتك فأنت وكيلى ولم يفرق بين طلاق وعتاق وغيرهما تأمل . لكن الشارح ساق ما يأتى قريبا فى مقام عزل الوكيل نفسه ، وهنا فى عزل الموكل وكيله

(بشرط علم الوكيل) أى فى القصدى . أما الحكمى فيثبت وينعزل قبل العلم كالرسول (ولو) عزله (قبل وجود الشرط فى المعلق به) أى بالشرط به يفتى شرح وهبانية (ويثبت ذلك) أى العزل (بمشافهة به وبكتابة) مكتوب بعزله (وإرساله رسولا) مميزا (عدلا أو غيره) اتفاقا (حرا أو عبدا صغيرا أو كبيرا) صدقه أو كذبه ، ذكره المصنف فى متفرقات القضاء .

(إذا قال) الرسول (الموكل أرسلنى إليك لأبلغك عزله إياك عن وكالته . ولو أخبره فضولى) بالعزل (فلابد من أحد شطرى الشهادة) عدد أو عدالة (كأخواتها) المتقدمة فى المتفرقات . وقدمنا أنه متى صدقه قبل ولو فاسقا اتفاقا ابن ملك ، وفرّع على عدم لزومها من الجانبين بقوله :

(قوله بشرط علم الوكيل) فلو أشهد على العزل فى غيبة الوكيل لم ينعزل بحر وإنما لاينعزل إذا لم يبلغه لأنه نهى بعد الأمر فلا يعمل بدون العلم ، وفقهه أنه يلزم الوكيل ضرر ، ومحل اشتراط علم الوكيل إذا علم بالوكالة ، أما إذا وكله ولم يعلم بها فله عزله وإن لم يعلم به بزازية ، لكن نظر فيه سيدى الوالد رحمه الله تعالى بأنه قبل علمه لايكون وكيلا ، حتى لو باع لاينفذ ولا يكون بيعه إجازة للوكالة بخلاف الوصى ، وحينئذ فعزله قبل علمه ليس عزلا حقيقة تأمل (قوله كالرسول) فإنه ينعزل وإن لم يعلم ، ولا يتوقف عزله على علمه أى مطلقا ، ولو قصديا لأنه مبلغ عبارته فعزله رجوع عن الإيجاب مقدسى (قوله ولو) وصلية أى له العزل فى الوكالة المنجزة ، وفى المعلقة على شرط بعد وجوده وقبله (قوله عزله) بصيغة المصدر مبالغة على قوله فللموكل العزل (قوله به يفتى) كذا فى الصغرى ، وقيل لايصح لأن العزل لايتصور إلا بعد تحقق الوكالة وهى لم تتحقق بعد (قوله وبكتابة مكتوب بعزله) أى إن وصل إليه المكتوب كما سيأتى فى الفروع آخر الباب (قوله وإرساله رسولا) أى ووصل إليه أيضا منية (قوله مميزا) خرج المجنون والمعتوه والصبى الذى لايميز ط (قوله ذكره المصنف فى متفرقات القضاء) وقدمنا الكلام عليه هناك مستوفى فراجعه (قوله إذا قال الرسول الخ) قال المصنف فى متفرقات القضاء : وظاهر مافى العمادية أنه لابد أن يقول له إنى رسول بعزلك اهـ ونقلناه ثمة عن البحر (قوله الموكل أرسلنى الخ) الجملة مقول القول ، واحترز به عما إذا أشهد على عزله حال غيبة الموكل فإنه لاينعزل كذا وقع التعبير بالموكل فى البحر والحموى والمنح ، ولعل الأولى الوكيل لتظهر فائدة الاحتراز ط (قوله ولو أخبره الخ) ومنه الرسول الذى لم يقل أرسلنى إليك لأبلغك الخ (قوله عددا أو عدالة) منصوب على الحال المبينة أو مفعول لمحذوف تقديره أعنى أو على تمييز المبهم فى أحد شطرى الشهادة ، وهذا على قول الإمام الأعظم فلا يثبت بخبر المرأة والعبد والصبى وإن وجد العدد أو العدالة كما قدمنا التنبيه عليه فى شتى القضاء ، وقدمنا أيضا أن العدالة لاتشترط فى العدد فراجعه إن شئت (قوله كأخواتها) أى أخوات الوكالة (قوله المتقدمة فى المتفرقات) وهى إخبار السيد بجناية عبده ، والشفيع بالبيع ، والبكر بالنكاح ، والمسلم الذى لم يهاجر بالشرائع ، والإخبار بعيب لمريد شراء ، وحجر مأذون ، وفسخ شركة ، وعزل قاض ، ومتولى وقف اهـ أى فإنها يشترط فيها إحدى شطرى الشهادة كما تقدم (قوله قبل) أى خبره (قوله اتفاقا) يوهم أنه مما قدمه وليس كذلك . وعبارته هناك : ولا يثبت عزله إلا بإخبار عدل أو فاسق إن صدقه عناية .
قال فى منية المفتى : وبخبر واحد غير عدل إن صدقه انعزل وإلا فلا فى قول الإمام وإن ظهر صدق الخبر . وقالا : ينعزل إذا ظهر صدق الخبر وإن كذبه اهـ فهذا ينافى حكاية الاتفاق (قوله وفرع على عدم لزومها من الجانبين) لم يذكر المصنف سابقا إلا كونها من العقود الغير اللازمة . وأما كون عدم اللزوم من جانب أو من

(فللوكيل) أى بالخصومة وبشراء لمعين لا الوكيل بنكاح وطلاق وعتاق وببيع ماله وبشراء شيء بغير عينه كما فى الأشباه (عزل نفسه، بشرط علم موكله) وكذا يشترط علم السلطان بعزل قاض وإمام نفسهما وإلا لا كما بسطه فى الجواهر .

جانبين فلم يتعرض له فلا وجه للتفريع . والأولى كما فعله المصنف أن يكون قوله وعدم اللزوم مبتدأ ، وقوله من الجانبين خبر أى وعدم اللزوم المتقدم فى عبارته ثابت من الجانبين فعدم لزومه من جانب الموكل قد سبق وهنا بين عدمه من جانب الوكيل بأنها لما كانت غير لازمة من جانب الموكل فللموكل العزل ، ولما لم تكن لازمة من جانب الوكيل فللوكيل عزل نفسه ، وكما يشترط هناك عدم تعلق حق الغير يشترط هنا علم موكله صيانة لحقه لاعتماده على صحة وكالته ، فلو صح أن يعزل نفسه بدون علمه لكان فيه تغرير للموكل (قوله فللوكيل) خبر مقدم عزل نفسه إذا علم موكله ، فإن علم انعزل إلا إذا تعلق به حق الغير كما تقدم فإنه لاينعزل بعزل الموكل الصريح إلا بعلم الخصم فكذا هذا وتأمله ط (قوله أى بالخصومة) تفسير لما يتقيد بعلم موكله (قوله وبشراء المعين) كما إذا وكله بأن يشترى له عبدا معينا ، فإذا أراد الوكيل أن يشتريه لنفسه أو يوكل من يشتريه له فاشتراه فهو للأول لأنه لايملك عزل نفسه عند غيبة الآمر ، إلا إذا اشتراه بأكثر مما وكل به أو بخلاف ماوكل به بزازية (قوله لا الوكيل بنكاح) أى فإنه لايتقيد بعلم الموكل ، وحينئذ فلو عزل نفسه ثم باشر ماوكل به لنفسه أو لغيره يصح لعدم تقيد عزله حينئذ بعلم الموكل ، بل بمجرد مباشرة العقد يصير تاركا للوكالة لمخالفته الآمر (قوله وببيع ماله) أى مال الموكل (قوله وبشراء شيء بغير عينه) أى لو وكله بشراء عبد مثلا فاشترى عبدا ليس للموكل أخذه ويقول له أنت وكيلى لأنه لايقع للموكل فى غير المعين مالم ينوه له أو ينقد الثمن من ماله أو يضيف العقد إلى دراهمه .

والحاصل أن الموكل له أن يعزل نفسه فى هذه الأشياء وإن لم يعلم الموكل لعدم تضرره ، وكان الأولى أن يذكر هذه الجملة بعد قوله شرط علم موكله (قوله كما فى الأشباه) عبارتها : لايصح عزل الوكيل نفسه إلا بعلم الموكل إلا الوكيل بشراء شيء بغير عينه أو بيع ماله ، وكذا الوكيل بالنكاح والطلاق والعتاق فانحصر فى الوكيل بشراء شيء معين والخصومة اه (قوله عزل نفسه) أى عن الوكالة وهو مبتدأ مؤخر .

قال الزيلعى : عزل نفسه عن الوكالة ثم تصرف فيما وكل إليه قبل علم الموكل العزل صح تصرفه فيه اه .

قال الباقانى : لايصح عزله نفسه ، ولايخرج عن الوكالة قبل علم الموكل اه (قوله وإمام) أى إمام الجمعة ، حتى لو عزل نفسه وعاد وصلى بالناس صحت صلاته ولا يحتاج إلى إذن جديد مالم يعلم الخليفة بعزل القاضى نفسه والإمام ، وكذا والى البلدة من قبله لأن فى انعزالهم قبل علمه تغريرا له وضررا بالمسلمين كما يأتى نقله موضحا قريبا (قوله وإلا) يعلم لايصح العزل إلا بعلم المولى .

ونص الجواهر : لاينعزل إلا إذا علم به السلطان ورضى بعزله كما يأتى فى المقولة الثانية نص عبارتها تماما (قوله كما بسطه فى الجواهر) أى حيث سئل عن قاضى بلدة عزل نفسه عن القضاء والسلطان الذى ولاه القضاء فى بلد آخر هل ينعزل بعزل نفسه حتى لو جلس فى بيته أياما ويقول عزلت نفسى عن القضاء ثم خرج بشفاعة الناس وجلس للقضاء هل ينفذ ، أجاب لاينعزل إلا إذا علم به السلطان ورضى بعزل نفسه ، وهذا كالوكيل بشراء شيء معين لما فيه من تغرير الموكل ، كذلك ههنا الإمام والسلطان لما فوّض هنا الأمر إليه فقبل ، فقد انتقل هذا الأمر عن السلطان إليه ووجب عليه القيام ، كذا الإمام فى باب الصلاة إذا صار إماما لزمه القيام بها

(وكله بقبض الدين ملك عزله إن بغير حضرة المديون ، وإن) وكله (بحضرته لا) لتعلق حقه به كما مر (إلا إذا علم به) بالعزل (المديون) فحينئذ ينعزل ، ثم فرع عليه بقوله (فلو دفع المديون دينه إليه) أى الوكيل (قبل علمه) أى المديون (بعزله يبرأ) وبعده لا لدفعه لغير وكيل .

(ولو عزل العدل) الموكل ببيع الرهن (نفسه بحضرة المرتهن ، إن رضى به) بالعزل (صح وإلا لا) لتعلق حقه به ، وكذا الوكالة بالخصومة بطلب المدعى عند غيبته كما مر ، وليس منه توكيله بطلاقها بطلبها على

ولم يكن له أن يعزل نفسه إلا إذا صار بحال لايمكنه المضى فيها ، فحينئذ يستحق العزل وإنما ينعزل بإقامة غيره مقام نفسه حتى لاتبطل صلاة القوم ، فكذلك هنا مادام أهلا للقضاء لايملك عزل نفسه لما فيه من تغرير السلطان وإبطال حقوق المسلمين ، فإذا عزل نفسه وعلم السلطان أنه يعجز عن القيام به فإنه يخرجه عنه ويكون إخراجه بإقامة غيره مقامه كما فى الصلاة إذا سبقه الحدث ينعزل بالاستخلاف وإلا فلا ، وإن لم ينعزل بعزله نفسه فله أن يعود لقضائه لقيام ولايته كما كانت اهـ نقله الحلبى (قوله إن بغير حضرة المديون) أى إن صدر التوكيل بغير حضرة المديون (قوله وإن وكله بحضرته لا لتعلق حقه به) أى لأنه يلحقه به مضرة وتغرير لأنه قد يدفع المال إلى الوكيل لما علم من الوكالة ، فلو صح عزله بدون علمه لكان مغرورا بذلك حيث دفع لغير وكيل مع اعتماده على ماعلم من وكالته ، ولا يندفع ذلك التغرير إلا إذا علم بالعزل ، والظاهر أنه يلحق به ما إذا وكله بغير حضرته فبلغته الوكالة فينبغى أن يتوقف عزله حينئذ على علمه لأن علمه مثل حضوره أفاده الرحمتى (قوله ولو عزل العدل) العدل فاعل عزل ، والظاهر أن التقييد به جرى على الغالب ، وإلا فالتوكيل ببيع الرهن لايقتصر على العدالة والمراد به(١) الموكل ببيع الرهن فى عقد الرهن وأن يوفى الدين من ثمنه لايصح عزله سواء كان الوكيل العدل أو غيره كما يأتى التصريح به ، والمراد بالعدل من وضع الرهن على يده غير الراهن والمرتهن باتفاقهما عليه ، فلو شرط فى عقد الرهن أن يبيعه ويفى الدين بثمنه أو وكل غيره أجنبيا أو لمرتهن لايملك عزله لتعلق حق المرتهن به (قوله الموكل) بالبناء للمجهول صفة للعدل (قوله نفسه) مفعول عزل (قوله بحضرة المرتهن) متعلق بعزل ويعلم منه حكم ما إذا كانت بغير حضرته (قوله إن رضى) أى المرتهن (قوله بطلب المدعى) أما إذا كانت بغير طلبه فيصح عزله وإن كان فيه إبطال حق الطالب من حيث إن حقه يفوت برضاه لأنه لم يلتمس منه وكيلا بالخصومة كذا فى غاية البيان (قوله عند غيبته) أى غيبة الخصم الموكل وهو متعلق بإسم الإشارة فى قوله كذا ، فإن معناه أنه لايملك عزل نفسه بدون رضا الخصم عند غيبة المدعى عليه فيكون متعلقا بقوله عزله ، أما عند حضور المدعى عليه فيملك الوكيل عزل نفسه لعدم الضرر (قوله وليس منه) أى مما تعلق به حق الغير حتى لايملك عزل نفسه مراعاة له .

والحاصل أنه لو وكل رجلا بالخصومة ثم عزله حال غيبة الخصم فهذا على وجهين :

الأول : إن كان وكيل الطالب فيصح عزله وإن كان المطلوب غائبا . والثانى : بأن كان وكيل المطلوب فهذا على وجهين :

الأول : أن يكون التوكيل من غير التماس أحد ، وفى هذا الوجه العزل صحيح ، وإن كان الطالب غائبا .

والثانى : أن يكون التوكيل بالتماس الخصم ، وفى هذا الوجه إن كان الوكيل غائبا وقت التوكيل أو لم يعلم بالتوكيل صح عزله على كل حال ، وإن كان حاضرا وقت التوكيل أو غائبا لكن علم بالوكالة ولم يردها لايصح عزله

---

(١) قوله (والمراد الخ) تحرر هذه العبارة .

الصحيح لأنه لاحق لها فيه ولا قوله كلما عزلتك فأنت وكيلي لعزله بكلما وكلتك فأنت معزول عيني .

(وقول الوكيل بعد القبول بحضرة الموكل ألغيت توكيلي أوأنا برىء من الوكالة ليس بعزل كجحود الموكل) بقوله لم أوكلك لا يكون عزلاً (إلا أن يقول) الموكل للوكيل (والله لا أوكلك بشيء فقد عرفت تهاونك فعزل) زيلعي ، لكنه ذكر في الوصايا أن جحوده عزل ، وحمله المصنف على ما إذا وافقه الوكيل على الترك لكن أثبت القهستاني اختلاف الرواية ، وقدم الثاني وعلله بأن جحود ما عدا النكاح فسخ . ثم قال : وفي رواية لم ينعزل بالجحود اه فليحفظ .

حال غيبة الطالب ويصح حال حضرته رضي به أو سخط كما في مشتمل الأحكام (قوله لأنه لاحق لها فيه) قال العلامة المقدسي : فلو أبرأته بشرط الطلاق فوكل به ينبغي أن لا يملك عزله ط عن الحموي . ونص عبارته : لو وكل بطلاق فغاب لا يملك عزله .

قلت : فلو أبرأته بشرط الطلاق فوكل به ينبغي أن لا يملك عزله ، والصحيح أن له العزل لأن المرأة لاحق لها في الطلاق اه (قوله ولا قوله كلما عزلتك فأنت وكيلي) معطوف على توكيله : أي فإنه لم يتعلق به حق الوكيل (قوله لعزله) قدمنا عن الزيلعي ، وكذا عن البزازية طرق عزله عن الوكالة الدورية وما هو الصحيح فيها ، ورد ماذكره هنا بأنه لا ينعزل بقوله كلما وكلتك فأنت معزول فلا تغفل ، يؤيده ماذكره الحموي . وقيل ينعزل بقوله كلما وكلتك فأنت معزول وهذا غير صحيح لأنه تعليق العزل بالشرط وهو باطل (قوله كجحود الموكل بقوله لم أوكلك لا يكون عزلا) كذا في البحر عن الزيلعي .

قال في المنح بعد نقل عبارة الزيلعي : لكن ذكر الشارح المذكور في كتاب الوصايا أن جحود التوكيل يكون عزلا . وذكر في مسائل شتى بعد كتاب القضاء أن جميع العقود تنفسخ بالجحود إذا وافقه صاحبه بالترك إلا النكاح فينبغي حمل مافي الوصايا على ما إذا وافقه الوكيل على ترك الوكالة ، والله تعالى أعلم اه (قوله وحمله المصنف) بناء على ماذكره الزيلعي في مسائل شتى من القضاء أن جميع العقود تنفسخ بالجحود إذا وافقه صاحبه بالترك اه ولا معنى لهذا الحمل لأنه إنما يحتاج لموافقة صاحبه في العقود اللازمة والوكالة من العقود الجائزة الغير اللازمة فلا معنى لتوقفها على موافقة صاحبه لأنه لاحق له بها تأمل (قوله لكن أثبت القهستاني اختلاف الرواية) وكذا نقله السيد الحموي عن الولوالجية حيث قال : وفيها في الفصل الثاني من الوصايا : لو جحد الوصاية فهو رجوع . ثم قال : وفي الجامع الكبير لا يكون رجوعا ، ففيه روايتان ، وعلى الخلاف جحود الوكالة من الوكيل أو الموكل وجحود الشركة وجحود الوديعة من المودع وجحود المتبايعين أو المستأجرين ، والصحيح غير مافي الجامع أنه يكون رجوعا وعليه الفتوى لأن الجحود صار مجازا عن الفسخ حتى لا يلغو اه .

قال العلامة المقدسي : يحتمل أن التصحيح في خصوص الوصية أو في الجميع اه .

قلت : والمتبادر الثاني ط (قوله وقدم الثاني) وهو كون الجحود عزلا (قوله وعلله الخ) هذا يؤيد ماقلنا إن التصحيح راجع إلى الجميع ط (قوله وفي رواية لم ينعزل بالجحود) قد علمت أن الفتوى على العزل بالجحود وأنه الصحيح .

وفي شرح القهستاني : ويدخل فيه يعني العزل جحود الوكالة فإن جحود ما عدا النكاح فسخ ، وفي رواية

(وينعزل الوكيل) بلا عزل (بنهاية) الشيء (الموكل فيه ، كما لو وكله بقبض دين فقبضه) بنفسه (أو) وكله (بنكاح فزوّجه) الوكيل بزازية . ولو باع الموكل والوكيل معا أو لم يعلم السابق فبيع الموكل أولى عند محمد . وعند أبي يوسف يشتركان ويخيران كما فى الاختيار وغيره (و) ينعزل (بموت أحدهما وجنونه مطبقا)

لم ينعزل بالجحود وهى مرجوحة (قوله وينعزل الوكيل الخ) وفى شركة العناية : يشكل على هذا أن من وكل بقضاء الدين فقضاه الموكل ثم قضاه الوكيل قبل العلم لم يضمن مع أنه عزل حكمى . وأجيب بأن الوكيل بقضاء الدين مأمور بأن يجعل المؤدى مضمونا على القابض لأن الديون تقضى بأمثالها وذلك يتصور بعد أداء الموكل ولذا يضمنه القابض لو هلك ، بخلاف الوكيل بالتصدق إذا دفع بعد دفع الموكل، فلو لم يضمن الوكيل يتضرر الموكل لأنه لا يتمكن من استرداد الصدقة من الفقير ولا تضمينه اه بنوع تصرف (قوله فزوّجه الوكيل) أى ينعزل الوكيل إذا فعل ما وكل فيه أو فعله الموكل ، وأشار بهذا وبما قبله إلى أن نهاية الموكل فيه إما أن تكون من جهة الموكل أو من جهة الوكيل وينعزل الوكيل بها ، فلوطلق الوكيل المرأة فليس للوكيل أن يزوّجه إياها لأن الحاجة قد انقضت .

وفى البزازية : وكله بالتزويج فتزوجها ووطئها وطلقها وبعد العدة زوّجها من الموكل صح لبقاء الوكالة .

أقول : الظاهر أن الضمير فى تزوجها للوكيل لا للموكل وإلا نافى ما هنا . وما يأتى من أن تصرفه بنفسه عزل تأمل .

قال فى المحيط : وكله ببيع عين له عزله إلا أن يتعلق به حق الوكيل ، بأن يأمره بالبيع واستيفاء الثمن بأداء دينه اه .

أقول : وهذا إذا لم يكن الدين مؤجلا . أما إذا كان مؤجلا، ففى القهستانى عن الجواهر : ولو وكل الدائن بدين مؤجل ببيع داره بسؤاله عند الأجل كان له عزله قبله اه فتنبه (قوله يشتركان) أى المشتريان من الوكيل والأصيل ، ومقتضى القواعد أن المعتمد قول أبى يوسف ط (قوله ويخيران) أى المشتريان فى الصورتين أى يثبت لكل منهما الخيار لتفرق الصفقة عليهما (قوله وينعزل بموت أحدهما) أى وإن لم يعلم الآخر كما أفاده فى البحر بقوله : رجل غاب وجعل دارا له فى يد رجل ليعمرها فدفع إليه مالا ليحفظه ثم فقد الدافع فله أن يحفظ وليس له أن يعمر الدار إلا بإذن الحاكم لأنه لعله قد مات ، ولا يكون الرجل وصيا للمفقود حتى يحكم بموته تجنيس من باب المفقود . وبهذا علم أن الوكالة تبطل بفقد الموكل فى حق التصرف لا الحفظ اه ، لكن رده المقدسى بأن ظاهر ما فى التجنيس أنه إنما دفع المال ليحفظه ، وحينئذ فلا يدل على ما استنبطه . فلقائل أن يقول : لو دفعه ليعمر منه كان له ذلك وإنما امتنع لعدم إذنه كذا فى حاشية أبى السعود عن الحموى .

أقول ، كيف يصح قوله كان له ذلك مع التعليل بأنه لعله قد مات وليس هذا وصية . ثم لا يخفى أن أمره بتعمير الدار لا يخلو إما أن يكون من هذا المال المدفوع أو من مال آخر دفعه له أو من مال المأمور ، وعلى كل فقوله ليس له أن يعمر الدار الخ يدل على عزله فى التصرف دون الحفظ فثبت ما قاله فى البحر فتأمله منصفا ولو قال المصنف فى هذه الأعذار وتبطل لكان أولى . ووجهه أن التوكيل تصرف غير لازم فيكون لدوامه حكم ابتدائه فلابد من قيام الأمر وقد بطل بهذه العوارض .

قال فى اليعقوبية : ذكر موت الوكيل وقع فى الهداية والكافى أيضا ، لكن كون الموت مبطلا لتصرف الوكيل ظاهر فلا فائدة له إلا لدفع توهم جريان الإرث وإن كان فى غاية البعد (قوله وجنونه مطبقا) قيد به

بالكسر : أى مستوعبا سنة على الصحيح درر وغيرها ، لكن فى الشرنبلالية عن المضمرات شهر وبه يفتى ، وكذا فى القهستانى والباقانى ؛ وجعله قاضيخان فى فصل فيما يقضى بالمجتهدات قول أبى حنيفة وأن عليه الفتوى فليحفظ (و) بالحكم (بلحوقه مرتدا)

لأن قليله بمنزلة الإغماء ، فكما لا تبطل الوكالة بالإغماء لا تبطل بقليل الجنون حموى (قوله بالكسر) قال فى المصباح : والعامة تفتح الباء على معنى أطبق الله عليه الحمى والجنون : أدامهما ، كما يقال أحمه الله وأجنه : أى أصابه بهما ، وعلى هذا فالأصل مطبق عليه فحذفت الصلة تخفيفا ويكون الفعل مما يستعمل لازما ومتعديا اه .

أقول : ولعله أو يكون بأو دون الواو لأنه إذا كان مما يستعمل لازما ومتعديا لا يحتاج إلى دعوى حذف الصلة تخفيفا فإن ماحذفت منه الصلة يكون متعديا وما ذكرت فيه يكون لازما فتعين ما قلنا تأمل أفاده سيدى الوالد رحمه الله تعالى (قوله سنة على الصحيح درر) قال فيها : وهو قول محمد، وعلله فى البحر لسقوط جميع العبادات فقدر به احتياطا اه وقيل دائما كذا قيل .

وأقول : قال فى البحر : فالمطبق : أى الدائم زاد فى البناية وقيل مستوعبا (قوله شهر) أى مقدار شهر ، وهو قول أبى يوسف اعتبارا بما يسقط به الصوم . وعنه أكثر من يوم وليلة لسقوط الصلوات الخمس به فقدر به احتياطا وهو الصحيح كما ذكره الزيلعى (قوله وأن عليه الفتوى فليحفظ) ونقل المقدسى عن شرح الكافى أنه به يفتى لامحالة (قوله وبالحكم بلحوقه) أى بلحوق أحدهما موكلا كان أو وكيلا، يعنى إذا ارتد فوكل فلحق ، وقيد بالحكم بلحاقه لأن تصرفات المرتد قبله موقوفة عنده فكذا وكالته فإن أسلم نفذ ، وإن قتل أو لحق بدار الحرب بطلت الوكالة ، فأما عندهما فتصرفاته نافذة ، فلا تبطل وكالته إلا أن يموت أو يقتل على ردته أو يحكم بلحاقه بحر .

وفيه عن إيضاح الإصلاح المراد باللحاق ثبوته بحكم الحاكم اه لكن عبارة درر البحار ولحاقه بحرب مبطل من غير حكم به . قال شارحه لأن أهل الحرب أموات فى أحكام الإسلام وبلحاقه صار منهم اه .

وفى المجمع ولحاق الموكل بعد ردته بدار الحرب مبطل وقالا إن حكم به ، قال ابن ملك لأن لحاقه إنما يثبت بقضاء القاضى ، قيد باللحاق لأن المرتد قبله لا يبطل توكيله عندهما وموقوف عنده ، إن أسلم نفذ وإن قتل أو لحق بدار الحرب بطل اه فعلم أن مافى الإيضاح على قولهما .

وبحث فيه فى اليعقوبية حيث قال : قوله ولحاقه بدار الحرب مرتدا هذا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى . وعندهما يبطل لو حكم بلحاقه ، وقد مر فى السير كذا فى الهداية .

وههنا كلام ، وهو أن المعلوم مما ذكر فى كتاب السير أن المرتد إذا لحق بدار الحرب تكون تصرفاته موقوفة عند أبى حنيفة ، فإن عاد مسلما صار كأن لم يزل مسلما وتصح تصرفاته، وإن مات أو حكم بلحاقه استقر كفره فتبطل تصرفاته . وعندهما تصرفاته نافذة إلا أن يموت أو يحكم بلحاقه ، والوكالة من جملة التصرفات فلاوجه للحكم ههنا بمجرد اللحاق عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى كما لا يخفى ، اللهم إلا أن يراد من بطلان الوكالة عدم نفوذها لكنه بعيد لا يخفى فليتأمل .

وقال فى الهداية : وتبطل الوكالة بموت الموكل أوجنونه جنونا مطبقا أو لحاقه بدار الحرب مرتدا . ثم قال بعده ، وإن كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت أو تلحق بدار الحرب لأن ردتها لاتؤثر

ثم لا تعود بعوده مسلما على المذهب ولا بإفاقته بحر .

وفى شرح المجمع : واعلم أن الوكالة إذا كانت لازمة لاتبطل بهذه العوارض فلذا قال (إلا) الوكالة اللازمة (إذا وكل الراهن العدل أو المرتهن ببيع الرهن عند حلول الأجل فلا ينعزل) بالعزل ولا (بموت الموكل وجنونه كالوكيل بالأمر باليد والوكيل ببيع الوفاء) .

فى عقودها على ماعرف ، ويعلم من هذا أن الرجل الموكل إذا ارتد تبطل وكالته بمجرد الارتداد بدون اللحوق ، فينبغى أن يقول فى قوله السابق وارتد بدل قوله ولحاقه بدار الحرب مرتدا كما لا يخفى اه .

وفى الكفاية : ذكر شيخ الإسلام فى المبسوط وإن لحق الوكيل بدار الحرب مرتدا فإنه لا ينعزل عن الوكالة عندهم جميعا مالم يقض القاضى بلحاقه اه وهذا كما ترى مؤيد لما بحثه المحشى .

ثم اعلم أن المذكور فى السير أن تصرفات المرتد كالمبايعة والعتق ونحوهما موقوفة عند الإمام، إن أسلم نفذت وإن هلك أو لحق بدار الحرب وحكم به بطلت ، وأجازاها مطلقا ، وهذا كما ترى ليس خاصا بما إذا لحق بل الحكم أعم وتأمل (قوله ثم لا تعود بعوده مسلما على المذهب) أى سواء كان وكيلا أو موكلا كما فى البحر .

قال فى الحواشى اليعقوبية : واعلم أن الوكيل إن عاد مسلما بعد لحوقه بدار الحرب مرتدا والقضاء به تعود الوكالة عند محمد رحمه الله تعالى ، ولا تعود عند أبى يوسف ، ولو عاد الموكل مسلما بعد اللحوق والقضاء به لا تعود الوكالة عندهم فى ظاهر الرواية . وعن محمد أنه تعود كما قال فى الوكيل .

والفرق له على الظاهر أن مبنى الوكالة فى حق الموكل على الملك وقد زال بردته والقضاء بلحاقه ، وفى حق الوكيل على معنى قائم به وهو الأهلية ، ولم تزل بالقضاء بلحاقه كذا ذكر فى الهداية وشروحها . وعند أبى حنيفة رحمه الله تعالى ينبغى أن تعود الوكالة الباطلة بمجرد اللحوق بدون القضاء كما هو قوله إذا عاد الموكل مسلما بعده كما لا يخفى فليتأمل اه (قوله ولا بإفاقته بحر) عبارته : ومقتضاه أنه لو أفاق بعد جنونه مطبقا لا تعود وكالته وكأنه أخذه بحثا عن عدم عودها بالعود إلى الإسـلام (قوله لا تبطل بهذه العوارض) هذا بإطلاقه ينافى التفصيل الآتى ، والأولى الاقتصار عليه (قوله أو المرتهن) عطف على العدل ح ، ولا يصح عطفه على الراهن لأن المرتهن لا يملك البيع (قوله ببيع الرهن عند حلول الأجل) أطلقه فشمل ما إذا شرطت الوكالة فى عقد الرهن أو بعده على ما اختاره الشارح فيما سمضى ويأتى (قوله كالوكيل بالأمر باليد) الباء للاستعانة أى كالوكيل الذى صار وكيلا بسبب جعل الأمر بيده وهو المرأة : بأن قال وكلتك فى أن تجعل أمر زوجتى بيدها وفى ذلك مسامحة لأنه حينئذ يكون تمليكا لاتوكيلا ولذا لا تبطل بجنونه (قوله والوكيل ببيع الوفاء) أى بالتوكيل بجعله منجزا عند حلول الأجل إذا كانت الوكالة حالة العقد أو بعده على ما اختاره الشارح ، وهى داخلة تحت مسألة الرهن قاله الرحمتى .

لكن قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى : لعل وجهه أن بيع الوفاء فى حكم الرهن فيصير وكيلا بأن يرهن ذلك الشىء فيكون مما تعلق به حق الغير وهو المشترى أى المرتهن تأمل . ثم رأيته منقولا عن الحموى ، وما ذكره السائحانى من أنه بيع الرهن فهو غفلة فتنبه اه فافهم ، لأن الصحيح فى بيع الوفاء أنه رهن له أحكام الرهن .

قال فى جامع الفصولين : باعه جائزا بوكالة ثم مات موكله لا ينعزل بموته الوكيل اه والبيع الجائز هو بيع الوفاء اصطلاحا بحر . قال العلامة المقدسى : وهو ظاهر لتعلق حق البائع اه .

لا ينعزلان بموت الموكل ، بخلاف الوكيل بالخصومة أو الطلاق بزازية .

قلت : والحاصل كما فى البحر أن الوكالة ببيع الرهن لا تبطل بالعزل حقيقيا أو حكميا ولا بالخروج عن الأهلية بجنون وردة وفيما عداها من اللازمة لا تبطل بالحقيقى بل بالحكمى وبالخروج عن الأهلية .

قلت : فإطلاق الدرر فيه نظر (و) ينعزل (بافتراق أحد الشريكين)

والأولى أن يقول لتعلق حق المشترى قاله بعض الفضلاء أى لأنه رهن فى المعنى على ما عليه العمل اليوم ، فالمشترى مرتهن (قوله لاينعزلان) أى الوكيل بالأمر باليد والوكيل ببيع الوفاء (قوله بخلاف الوكيل بالخصومة) يعنى وإن كانت لازمة إن كانت بطلب الخصم وغيبة الموكل لكنه ينعزل بموت الموكل لتعذر خصومته بعد موته ولأن الحق المتنازع فيه ينتقل إلى غيره فتكون الخصومة متجددة مع من خلف الموكل والوكيل ليس بوكيل عنه (قوله أو الطلاق) قد تقدم أنه لو قال له كلما عزلتك فأنت وكيلى يلزم فى الطلاق والعتاق لأنهما من الإسقاطات المحضة فيصح تعليقهما بالشرط فيكون ذلك تعليقا فلا يصح الرجوع عنه ومع ذلك يبطل بموت الموكل ، لأن التعليق يبطل بموت المعلق لأن شرطه بقاء الملك ولا ملك له فى الزوجة والرقيق بعد موته أفاده بعض الأفاضل .

قال الحلبى : وذكره الطلاق هنا فيه أن التوكيل به غير لازم كما تقدم اه والظاهر أنه مبنى على مقابل الأصح من أنه لازم (قوله بزازية) فإنه جعل ذلك فيها من الوكالة اللازمة كما قدم تصحيحه عنه فى شرح قوله فللموكل العزل ، وتقدم لنا أن المعتمد أنها غير لازمة فيه .

ونص البزازية : فأما فى الرهن فإذا وكل الراهن العدل أو المرتهن ببيع الرهن عند حلول الأجل أو الوكيل بالأمر باليد لا ينعزل ، وإن مات الموكل أو جن والوكيل بالخصومة بالتماس الخصم ينعزل بجنون الموكل وموته والوكيل بالطلاق ينعزل بموت الموكل استحسانا لا قياسا بحر فتأمل (قوله وفيما عداها) أى فيما عدا الوكالة ببيع الرهن فإن الوكيل ينعزل فيها بالموت والجنون الخ ينافى قول المتن كالوكيل بالأمر باليد والوكيل ببيع الوفاء ، فالأولى ذكرهما مع الوكالة ببيع الرهن .

أقول : ولعله لم يستثنهما ، لما علمت من أن الأمر باليد تمليك لا توكيل وبيع الوفاء رهن على المفتى به تأمل (قوله وبالخروج عن الأهلية) ومنه موته بعد قوله فى التوكيل فى الطلاق والعتاق كلما عزلتك فأنت وكيلى (قوله قلت فإطلاق الدرر فيه نظر) أى حيث قال وذا : أى انعزال الوكيل فى الصور المذكورة إذا لم يتعلق به أى بالتوكيل حق الغير . أما إذا تعلق به ذلك فلا ينعزل كما إذا شرطت الوكالة فى بيع الرهن كما مر ، أو جعل أمر امرأته فى يدها ثم جن الزوج اه فإن قوله أما إذا تعلق به حق الغير فيدخل فيه الوكالة بالخصومة بالتماس الطالب والحكم فيها ليس كذلك ح وأصله فى المنح . ولا يخفى أنه وارد على ما نقله الشارح عن شرح المجمع أيضا ، وحينئذ فلا وجه لتخصيص النظر بما فى الدرر بل الأمر فيها أسهل مما تقدم عن شرح المجمع فإنه وارد عليه أيضا ، وقد علمت أن هذا فى مسألة الرهن فقط ، وفى غيرها لاينعزل بالحقيقى بل بالحكمى ولذا قال فيه نظر (قوله وينعزل بافتراق أحد الشريكين) هذا يحتمل أمرين :

أحدهما : أن يكون الافتراق بهلاك المالين أو مال أحدهما قبل الشراء فإن الشركة تبطل به ، فتبطل الوكالة الضمنية التى دخلت فى ضمن عقد الشركة علما به أولا لأنه عزل حكمى إذا لم تكن الوكالة مصرحا بها عند عقد الشركة .

ولو بتوكيل ثالث بالتصرف (وإن لم يعلم الوكيل) لأنه عزل حكمى (و) ينعزل (بعجز موكله لو مكاتبا وحجره) أى موكله (لو مأذونا كذلك) أى علم أولا لأنه عزل حكمى كما مر، وهذا (إذا كان وكيلا فى العقود والخصومة. أما إذا كان وكيلا فى قضاء دين واقتضائه وقبض وديعة فلا) ينعزل بعجز وحجر؛ ولو عزل المولى وكيل عبده

وثانيهما: أن أحدهما أو كليهما لو وكل من يتصرف فى المال جاز، فلو افترقا انعزل هذا الوكيل فى حق غير الموكل منهما إذا لم يصرحا بالإذن فى التوكيل وإنما ذكرنا الوجهين إذ لو بقى الافتراق على ظاهره لم يصح قولهم وإن لم يعلم الشريك إذ لايصح أن ينفرد أحدهما بفسخ الشركة المستلزمة للوكالة بلا علم صاحبه اه درر، وهذا الذى عناه الشارح بقوله ولو بتوكيل ثالث (قوله ولو بتوكيل ثالث) أى توكيل الشريكين أو أحدهما ثالثا يعنى أنه تبطل الوكالة التى فى ضمن الشركة ووكالة وكيلهما بالتصرف (قوله بالتصرف) والحاصل أنه تبطل الوكالة التى فى ضمن الشركة ووكالة وكيلهما بالتصرف إذا هلك المالان أو أحدهما قبل الشركة فتبطل به وتبطل الوكالة التى كانت فى ضمنها علما بذلك أو لم يعلما لأنه عزل حكمى إذا لم تكن الوكالة مصرحا بها عند عقد الشركة، وكذا إذا وكل الشريكان أو أحدهما وكيلا للتصرف فى المال، فلو افترقا انعزل فى حق غير الموكل منهما إذا لم يصرحا بالإذن فى التوكيل (قوله وإن لم يعلم الوكيل) راجع إلى قول الشارح ولو بتوكيل ثالث لأنه لايمكن إرجاعه إلى الوكالة الضمنية لأنها واقعة بين الشريكين، ويبعد أن يفترقا ولا يعلمان بافتراقهما وكأن المصنف هو الذى أراده والشارح عمم فى كلامه تكثيرا للفائدة، نعم يمكن إرجاعها للوكالة الضمنية بأن كان انفساخ الشركة بهلاك المالين أو أحدهما قبل الشراء فإنه قد لا يطلع الشريكان على ذلك أو أحدهما ومع ذلك تبطل وكالته الضمنية فيصح رجوعه إلى المسألة على عمومها (قوله وبعجز موكله) أى عن أداء بدل الكتابة (قوله او مكاتبا) يؤخذ من عموم بطلان الوكالة بعزل الموكل أن للمكاتب والمأذون عزل وكيلهما أيضا كما نبه عليه فى البحر. وقال فيه: وإن باع العبد، فإن رضى المشترى أن يكون العبد على وكالته فهو وكيل، وإن لم يرض بذلك لم يجبر على الوكالة كذا فى كافى الحاكم، وهو يقتضى أن توكيل عبد الغير موقوف على رضا السيد وقد سبق إطلاق جوازه لأنه لاعهدة عليه فى ذلك، إلا أن يقال إنه من باب استخدام عبد الغير فيتوقف على رضا سيده لأنه لا يملك منافعه تأمل اه.

وفيه: وقد سئلت عن ناظر وكل وكيلا فى أمر الوقف ثم عزله القاضى هل ينعزل وكيله بعزله؟ فأجبت: أنه ينعزل أخذا من قولهم هنا يشترط لدوامها ما يشترط لابتدائها، والله تعالى أعلم (قوله وحجره) إنما ثبت العزل بهما لأن قيام الوكالة يعتمد قيام الأمر وقد بطل بالعجز والحجر علم أو لم يعلم بحر. وفيه: ويؤخذ منه أن للمكاتب والمأذون عزل وكيلهما (قوله وهذا) أى العزل بالعجز والحجر.

قال فى شرح المجمع لابن ملك: ثم المكاتب لو كوتب بعد ذلك أو أذن المحجور لم تعد الوكالة لأن صحتها باعتبار ملك الموكل التصرف عند التوكيل وقد زال ذلك ولم يعد بالكتابة الثانية أو الإذن الثانى (قوله إذا كان وكيلا فى العقود والخصومة) لأنه إنما ينعزل فيما امتنع عنه موكله بعجزه وحجره، والمكاتب بعد عجزه والمأذون بعد حجره لايملك العقود والخصومة فينعزل عنها وكيله، ولايتحجر عن قضاء الدين واقتضائه وقبض الوديعة لأنه أصيل فى عقود باشرها واسترداد أمانته وردها فولايتها إليه ولو بعد حجره فلا ينعزل وكيله عنه (قوله أما إذا كان وكيلا) أى عن المكاتب والمأذون ثم عجز أو حجر عليه (قوله فلا ينعزل بعجز) أى عجز موكله عن أداء بدل الكتابة (قوله وحجر) لأن العجز والحجر لايوجبان الحجر عليه من قضاء الدين واقتضائه

المأذون ولم ينعزل (و) ينعزل (بتصرفه) أى الموكل (بنفسه فيما وكل فيه تصرفا بعجز الوكيل عن التصرف معه وإلا لا : كما اوطلقها واحدة والعدة باقية) فللوكيل تطليقها أخرى لبقاء المحل ، ولو ارتد الزوج أو لحق وقع طلاق وكيله مابقيت العدة (وتعود الوكالة إذا عاد إليه) أى الموكل قديم ملكه كأن وكله ببيع فباع موكله ثم رد عليه بما هو فسخ بقى على وكالته

إلى آخر ماقدمناه قريبا (قوله لم ينعزل) لأنه حجر خاص والإذن فى التجارة لايكون إلا عاما فكان العزل باطلا ، ألا ترى أن المولى لايملك نهيه عن ذلك مع بقاء الإذن . ولأن العبد كامل الرأى صحيح العبارة غير أنه لايملك نفسه ، وما فى يده وكل ذلك ملك لسيده فلا تصح تصرفاته صيانة لحق مولاه . فإذا أذن له المولى فقد أسقط حقه فيتصرف العبد بولاية نفسه أصالة لا نيابة عن سيده فلا يملك سيده إلا حجره صيانة لحق نفسه لا إبطال تصرف تصرفه بولاية نفسه لأن المولى قد أسقط حقه بالإذن ومنها توكيله فكذا لايملك عزل وكيله (قوله وينعزل بتصرفه بنفسه) لانقضاء الحاجة به . كما لو وكله بإعتاق عبده أو بكتابته فأعتقه الموكل أو كاتبه أو بتزويج امرأة أو بشراء شيء ففعل بنفسه أو بطلاق فطلقها ثلاثا أو واحدة وانقضت عدتها أو بالخلع فخالعها بنفسه بحر (قوله وإلا لا) أى وإن لم يعجز الوكيل عنه . كما إذا أذن لعبده فى التجارة وغير ذلك لاينعزل .

وفى الخلاصة : لو وكله بشراء حنطة بعينها أو ببيعها فجعلت دقيقا أو سويقا خرج من الوكالة . ولو وكله إلى عشرة أيام هل تنتهى بمضى العشرة ؟ روايتان . والأصح لا فليحفظ (قوله والعدة) الواو استئنافية لا للحال فافهم (قوله لبقاء المحل) قال فى الهندية : ولو وكلت بالتزويج ثم إن المرأة تزوجت بنفسها خرج الوكيل عن الوكالة علم بذلك الوكيل أو لم يعلم ، ولو أخرجته عن الوكالة ولم يعلم الوكيل لايخرج عن الوكالة . وإذا زوجها جاز النكاح ، ولو كان وكيلا من جانب الرجل بتزويج امرأة بعينها ثم إن الزوج تزوج أمها أو بنتها خرج الوكيل عن الوكالة كذا فى المحيط اه (قوله ولو ارتد الزوج) أى ولم يلحق بدار الحرب أو لحق أى بعد الردة ولم يحكم بلحاقه فإن طلاقه واقع اتفاقا لأنه لايعتمد الملة فكذا وكالته فيه لأنها قيام الغير مقامه فيما يملكه وهو يملك الطلاق . فكذا يملك التوكيل به . أما لو حكم بلحاقه فقد تقدم أنه ينعزل به وكيله . وصرح هنا فى البحر والمنح أن لحوقه بمنزلة موته : أى بعد الحكم به ، وصرح المصنف أنها إذا بطلت باللحاق من أحدهما لاتعود بعوده مسلما على المذهب الظاهر .

فإن قلت : هذا ينافى ماذكره فى المنية بقوله : ارتد الموكل أو لحق بدار الحرب تتوقف وكالة وكيله : وكذا ماتقدم من انعزاله باللحاق مرتدا . قلت : لامنافاة لأن ذلك فى الوكيل يتصرف بمايتوقف من المرتد كالبيع وهذا فيما لايتوقف اتفاقا كالطلاق ، فحيث نفذ من الموكل نفذ من الوكيل . وأيضا فإن المراد من انعزاله باللحاق مرتدا المحكوم به ثمة وهنا المجرد عن الحكم كما هو المقرر من كلامهم فتأمل (قوله أو لحق) أى ولم يحكم به : فلا ينافى ماتقدم كما علمت (قوله وتعود الوكالة) أى يعود ملك التصرف للوكيل بموجب الوكالة السابقة . وليس المراد أنها تعود بعد زوالها لأنه لم ينعزل كما يفهم من قوله قبله وإلا لا . وعبارة الزيلعى : فالوكيل باق على وكالته (قوله ثم رد عليه بما هو فسخ) كخيار رؤية وشرط أو عيب بقضاء أو فساد بيع (قوله بقى على وكالته) لأن ملكه القديم قد عاد إليه بالفسخ فتعود الوكالة ، وإن رد بما لايكون فسخا لاتعود الوكالة ، كما لو وكله فى هبة شيء ثم وهبه الموكل ثم رجع فى هبته لم يكن للوكيل الهبة ، ولو وكله بالبيع ثم رهنه الموكل أو أجره فسلمه فهو على وكالته فى ظاهر الرواية ، ولو وكله أن يؤجر داره ثم أجرها الموكل بنفسه ثم انفسخت الإجارة يعود على

(أوبقى أثره) أى أثر ملكه كمسألة العدة . بخلاف ما لو تجدد الملك .

وكالته . ولو وكله ببيع داره ثم بنى فيها فهو رجوع عنها عند الإمام ومحمد لاالتجصيص ، وكذا لو وكله ببيع أرضه ثم غرس فيها . بخلاف ما إذا وكله ببيع أرض وزرع فيها فيبيع الوكيل الأرض دون الزرع لأن البناء والغرس يقصد بهما القرار لاالزرع .

أمره بشراء أرض وهى بيضاء فبنى فيها ليس له أن يشتريها بعده ، ولو كانت مبنية فزاد فيها حائطاأو جصصها له البيع بحر . وعبارة الهندية بعد قوله أو جصصها لزم الآمر : وكذلك الوكالة بالبيع اهـ . وفى البحر : والوصية بمنزلة الوكالة .

ففى وصايا الخانية : ولو قال أوصيت بهذا الرطب الذى فى نخلتى فصار تمرا قبل موت الموصى فى القياس تبطل الوصية ولا تبطل استحسانا ، ولو قال أوصيت بزرعى هذا لفلان وهو بقل فصار حنطة أو شعيرا قبل موت الموصى بطلت الوصية . وفى الوكالة إذا تغير فى هذا كله بطلت الوكالة ، وفى البيع بشرط الخيار إذا تغير فى أيام الخيار لايبطل البيع ولا الخيار اهـ .

وفى البدائع : إذا باع الموكل ماوكل ببيعه ولم يعلم الوكيل فباعه وقبض الثمن فهلك فى يده ومات العبد قبل التسليم ورجع المشترى على الوكيل رجع الوكيل على الموكل ، وكذا لو دبره أو أعتقه أو استحق أو كان حر الأصل لأنه صار مغرورا من جهة ، ولو مات الموكل أو جن لايرجع لعدم الغرور ، والوكيل بقبض الدين لو قبضه وهلك فى يده بعد ماوهبه الموكل للمديون ولم يعلم الوكيل لم يضمن وتمامه فيه اهـ (قوله أو بقى أثره) أى أثر ملكه أى وتبقى الوكالة إذا بقى أثره كمسألة العدة . وهى ما إذا وكله بطلاقها ثم طلق الآمر لنفسه بقيت الوكالة لبقاء أثر الملك . وقد أمكن إيقاع الوكيل فيه فلم يكن تصرف الموكل معجزا عن تصرف الوكيل معه . قال بعض الفضلاء هذا ليس على إطلاقه بل مقيد بزوال حاجة الموكل ، وهو موجود فيما إذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل أن يهب كما قدمناه قريبا لأن الواهب مختار بالرجوع فتبين برجوعه عدم حاجته إلى الهبة ، لأنه لو كان محتاجا لما رجع فكان دليلا على نقض الوكالة ولهذا صرح المصنف بأنه إذا وكله بطلاق زوجته فطلقها واحدة والعدة قائمة بقيت الوكالة لأن الوكيل يمكنه بتقييد ماوكل به ولا دليل لزوال الحاجة ، وكذا ماذكره الشارح إذا وكله بالبيع فباع ثم رد عليه بعيب بقضاء فللوكيل أن يبيعه لأن الرد بقضاء بلا اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة ، فله أن يبيعه لأن الحاجة قائمة كذا فى الحواشى اليعقوبية ، ومثله فى العناية وغيرهما من المعتبرات (قوله كمسألة العدة) وهى ما إذا وكله بطلاق امرأته ثم طلق الآمر بنفسه بقيت الوكالة لبقاء أثر الملك وقد أمكن إيقاع الوكيل فيه فلم يكن تصرف الموكل معجزا عن تصرف الوكيل معه فتصرف الوكيل بأن يوقع الباقى غير متعذر كذا فى الفتاوى الصغرى .

قال فى الشرنبلالية : والمراد بالباقى الطلقة الواحدة الباقية لاأكثر منها ، لأن قوله إذا طلق امرأته واحدة وهى فى العدة مفيد إيقاع الواحدة فى العدة من طلقة سابقة ، ولأن التوكيل بالتطليق لايقتضى إيقاع أكثر من واحدة اهـ . والأصل فيه أن ماكان الموكل فيه قادرا على الطلاق كان وكيله كذلك ، وكذا إذا وكل بالخلع فخالعها كذا فى العناية (قوله بخلاف مالو تجدد الملك) كما إذا اشترى ماوكل فى بيعه من مشتريه فلا يعود التوكيل لعدم عود قديم الملك ، وإنما هو ملك مستأنف ، ومثله فيما يظهر لو نكحها بعد زوج آخر وقد طلقها ثلاثا ط .

قال الزيلعى : ولو وكله ببيع عبده فأسره العدو وأدخلوه فى دارهم ثم رجع إلى الموكل بملك جديد بأن اشتراه

[فروع] فى الملتقط عزل وكتب لا ينعزل مالم يصله الكتاب .
وكل غائبا ثم عزله قبل قبوله صح وبعده لا .
دفع إليه قمقمة ليدفعها إلى إنسان يصلحها فدفعها ونسى لا يضمن الوكيل بالدفع .
أبرأه مما له عليه برئ من الكل قضاء ، وأما فى الآخرة فلا إلا بقدر ما يتوهم أن له عليه .
وفى الأشباه : قال لمديونه من جاءك بعلامة كذا أو من أخذ أصبعك أو قال لك كذا فادفع إليه لم يصح ؛ لأنه توكيل مجهول فلا يبرأ بالدفع إليه .

منهم لاتعود الوكالة ، ولو أخذه من المشترى منهم بالثمن أو بالقيمة ممن وقع فى سهمه من الغانمين فهو على وكالته لأنه بالأخذ بهذا الطريق عاد إلى قديم ملكه اهـ قاله أبو الطيب (قوله لاينعزل مالم يصله الكتاب) لأنه عزل قصدى يشترط فيه العلم وعلمه بوصول الكتاب إليه ط (قوله صح) أى وإن لم يعلم (قوله وبعده لا) أى إلا إذا علم فى العزل القصدى ، وليس معناه أنه لاينعزل مطلقا (قوله ونسى)أى نسى من دفعها إليه (قوله لايضمن الوكيل بالدفع) لأنه فعل ماأمر به ولم يكن متعديا بالنسيان ، وهذا بخلاف مسألة ذكرها البزازى : وهى : وكيل البيع قال بعته وسلمته من رجل لا أعرفه وضاع الثمن ، قال القاضى يضمن لأنه لايملك التسليم قبل قبض ثمنه والحكم صحيح ، والعلة لالما مر أن النهى عن التسليم قبل قبض ثمنه لايصح فلما لم يعمل النهى عن التسليم فلأن لايكون ممنوعا عن التسليم أولى اهـ (قوله أبرأه مما له عليه) أى إجمالا ولكن فى ظنه أنه عشرة فتبين أنه مائة (قوله برئ من الكل قضاء) اعتمادا على إطلاق البراءة (قوله إلا بقدر مايتوهم أن له عليه) وهو عشرة ، والأولى ذكر اسم إن وانظر مامناسبة ذكر هذا الفرع هنا (قوله قال لمديونه) قال الشرنبلالى : قال للمديون من جاءك بعلامة كذا أو من أخذ خنصرك أو قال لك كذا فادفع إليه مالى لايصح التوكيل لأنه للمجهول فيضمن المأمور بالدفع لذلك ولا يخرج عن العهدة مالم يكن أمر إنسانا بعينه بالقبض . فعلم أن المراد أنه بالقول الأول لايصير وكيلا . أما لو قال لإنسان بعده اقبض دين فلان واقبض خنصره علامة صدقك صار وكيلا ولكن يحتاج إلى ثبوت ذلك عن رب المال ، ولا يثبت بمجرد قبض الخنصر ونحوها (قوله لأنه توكيل مجهول فلا يبرأ بالدفع إليه) ولو لم يدفع إليه حتى هلكت لم يضمن لجواز أن غير رسوله يأتى بتلك العلامة بيرى عازيا إلى الملتقطات ، ومحل عدم صحة توكيل المجهول إذا كانت الجهالة فاحشة تؤدى إلى المنازعة . أما إذا كانت يسيرة كما إذا قال مالك عبد : إن باعه أحد هذين الرجلين فهو جائز فأيهما باع كان جائزا اهـ ، أبو السعود فى حاشية الأشباه .

وقد ذكر هذه المسألة فى القنية آخر الكتاب فى المسائل التى لم يوجد فيها رواية منصوصة ولا جواب من المتأخرين : إذا قال المودع للمودع من جاءك بعلامة كذا بأن أخذ أصبعك أو قال لك كذا فادفع إليه الوديعة فهل يصح هذا التوكيل أم لايصح لكون الوكيل مجهولا ويضمن بالدفع اهـ فقد جزم هنا بعدم صحة الوكالة وتردد فيما إذا وكل بعض الورثة إنسانا ليستوفى نصيبه من ديون مورثه على الناس ولا يعلم الموكل والوكيل بعض من عليهم الديون يصح ، أفتى به تاج الدين أخو الحسام الشهيد بعد التأمل والمباحثة الكثيرة اهـ مع أنها توكيل مجهول تأمل .

[فرع] قال فى الولوالجية : رجل غاب وأمر تلميذه أن يبيع السلعة ويسلم ثمنها إلى فلان فباعها وأمسك الثمن عنده ولم يسلمه حتى هلك لايضمن لأن أستاذه لايضيق عليه عادة فلا يصير بتأخير الأداء ضامنا اهـ .

وفى الوهبانية :

ومن قال أعط المال قابض خنصر فأعطاه لم يبرأ وبالمال يخسر
وبعه وبع بالنقد أو بع لخالد فخالفه قالوا يجوز التغير

بعث المديون المال على يد رسول فهلك، فإن كان رسول الدائن هلك عليه ، وإن كان رسول المديون هلك عليه ، وقول الدائن ابعث بها مع فلان ليس رسالة منه فإذا هلك هلك على المديون ، بخلاف قوله ادفعها إلى فلان فإنه إرسال : فإذا هلك هلك على الدائن وبيانه فى شرح المنظومة اه أشباه (قوله وفى الوهبانية الخ) هذه الأبيات منها ليست على نسق واحد بل من مواضع متعددة (قوله لم يبرأ) قال العلامة عبد البر : ورأيت بخط بعض العلماء بطرة القنية فى هذا الموضع : هـذا الجواب إنما يستقيم على قولهما ، والله تعالى أعلم بالصواب (قوله وبعه وبع بالنقد) هذه صورة واحدة فإنه يجوز له فيها أن يبيع بالنسيئة فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وقوله أو بع لخالد : يعنى إذا قال له بعه وبعه لخالد جاز له أن يبيعه من غيره ويحمل على المشهورة ، كما إذا قال لمضاربه خذ هذا المال مضاربة واشتر به البر وبعه فله أن يشترى غير البر لأن الكلام مشورة منه ، بخلاف ما إذا قال بعه بالنقد أو قال بعه من فلان فلا يجوز له المخالفة ، كما لو قال : لاتبع إلا من فلان فباع من غيره لايجوز .

وفى المبسوط : الوكيل بالبيع من فلان لايبيع من غيره لأن المقصود الثمن ، وإنما رضى بكونه فى ذمة من سماه لأن الناس يتفاوتون فى ملاءة الذمم فلا يجوز بيعه من غير من سماه . وفى البزازية : بعه من فلان فباعه من غيره جاز . وفى الكافى : لايجوز .

قال العلامة ابن الشحنة فى شرح الوهبانية : وإذا تأملت فيما ذكروا من الأصل رأيت أن من قال بالجواز فى بعه من فلان فباع لغيره رأى أن هذا مفيد من وجه فقط ولم يوجد التأكيد بالنفى ، ومن قال لايجوز بيعه من غيره رآه مفيدا من كل وجه اه .

وفى الخلاصة وجامع البزازى : لو قال بعه إلى أجل فباع نقدا . قال الإمام السرخسى : الأصح أنه لايجوز بالإجماع .

وفى الوجيز شرح الجامع الكبير : ولو دفع إليه عبدا وأمره بالبيع ونهاه عن التسليم بعد البيع حتى يقبض الثمن . قال محمد : النهى باطل ، وقيل أبو حنيفة معه . وقال أبو يوسف : يصح ، حتى لو سلم يضمن الثمن إن هلك وإلا له أن يسترد ، وكذا لو باع ثم نهاه عن التسليم اه .

وفى الخانية : وكله بالبيع ثم نهاه عن البيع حتى يقبض الثمن فباع قبل الثمن وسلم المبيع كان البيع باطلا حتى يسترد المبيع من المشترى ثم يبيع اه .

قال الشرنبلالى فى شرحه عليها : لو قال بعه وبع بالنقد أو بعه وبع لخالد فخالفه جاز البيع ، قال لأنه لما أمر بالبيع كان مطلقا ، ثم قوله وبع بالنقد أو بع لخالد بعده كان مشورة ، بخلاف قوله بالنقد بع لخالد فإنه قيد فيه فلا يبيعه نسيئة ، كما لو قال لاتبع إلا بالنقد وباع بالنسيئة لايجوز ؛ ولو قال بع لفلان لايجوز لغيره ، ونقل خلاف هذا لو قال بعه لزيد أو فى سوق كذا جاز فى غيره ولغيره . ولو قال لاتبعه إلا لزيد أو إلا فى سوق كذا لايجوز فى غيره ولا لغيره ولهذا الخلاف أتى بصيغة قالوا لأنها تذكر فيما فيه الخلاف اه (قوله فخالفه) أى الوكيل (قوله قالوا يجوز) أى للوكيل التغير أى المخالفة ، لأنه لما أمر بالبيع كان مطلقا ، فإن قيد فيه فلا يخالفه كما مر .

وفى الدفع قل قول الوكيل مقدم   كذا قول رب الدين والخصم يجبر
ولو قبض الدلال مال المبيع كى   يسلمه منـــه وضاع يشطر

والحاصل أن قوله بعه وبع بالنقد وبعه وبع لخالد ليس بتقييد ولاتبع إلا بالنقد وإلا لخالد تقييد ، وكذا قوله بالنقد بع لخالد كما علمت . والضابط لهذه المسائل كما قدمنا أن الموكل متى شرط على الوكيل شرطا ينظر فيه ، إن كان نافعا من كل وجه يجب مراعاة شرطه مطلقا ، وإن ضارا من كل وجه لايجب مراعاته مطلقا ، وإن كان نافعا من وجه ضارا من وجه إن أكده بالنفى يجب مراعاته ، وإن لم يؤكده لايجب مراعاته وذكرنا أمثلة ذلك فيما تقدم فراجعها إن شئت (قوله وفى الدفع قل قول الوكيل مقدم) صورته دفع إلى آخر مالا وقال اقض به دينى لفلان فقال المأمور فعلت وقضيت وقال الدائن لم يقبض شيئا فالقول قول الوكيل فى براءة نفسه عن الضمان ، سواء كان فى حال حياة الآمر ، وقد دفع إليه المال ليدفعه للطالب أو أمره باقتضاء دين له ليأتى به إليه أو يدفعه لغريمه أو كان بعد موت الآمر ولا فرق بين الوكيل بقبض الدين والعين فإن القول قوله إذا قال سلمته لأنه أمين ولا يسرى على الطالب ، والقول له فى عدم القبض ويجبر الخصم على قضاء حقه : وهذا معنى قوله كذا قول رب الدين ، ومعنى قوله مقدم : أى على قول الموكل إنه مادفع . وعلى قول الدائن إنه ماقبض لكن فى حق إبرائه فقط لا فى سقوط حق الدائن حتى كان القول قوله إنه ماقبض ولا يسقط دينه عن الموكل ، وهذا أيضا معنى قوله كذا قول رب الدين الخ (قوله كذا قول رب الدين) يعنى قوله مقدم على قول الموكل والوكيل فى عدم سقوط حقه (قوله والخصم) يعنى الموكل يجبر على الدفع إلى دائنه لعدم نفاذ قول الأمين عليه ، بل إنما كان القول قوله فى براءة نفسه فقط ، فقوله قول الوكيل مقدم أى فى براءة نفسه لأنه أمين ينفى الضمان عن نفسه وقوله كذا قول رب الدين أى فى عدم وصول حقه إليه بمجرد دعوى الوكيل الإيصال لأن القول قول الأمين فى نفى الضمان عن نفسه لا فى إلزام غيره فيما يدعيه . وإذا كان القول قول رب الدين فى بقاء دينه فالخصم وهو المديون الموكل يجبر على إيفاء مافى ذمته لعدم سقوط حق الدائن ، ولا رجوع على الوكيل لأنه أمين والقول قوله فى براءته. ثم الموكل إن كذبه الطالب وصدق الوكيل حلفه ، فإن حلف لم يظهر قبضه ، وإن نكل ظهر وسقط حقه ، وإن عكس حلف الوكيل ، ومثل ماذكر فى الدين من التفصيل يقال فى الوديعة ط بزيادة (قوله ولو قبض الخ) أى أخذ الدلال ثمن المبيع ليسلمه لمالك فضاع منه يصالح بينهما بالنصف فيضمن الدلال نصفه .

قال المصنف : ينبغى إن أذن له المالك فى القبض لايضمن وإلا ضمن رب السلعة أيا شاء ، فإن ضمن المشترى يرجع على الدلال مالم يكن رسولا فى الدفع إلى البائع . والظاهر أن هذا فى غير ماحصل منه إذن فى القبض أو نهى عنه كذا فى شرح الوهبانية للشرنبلالى ثم ينبغى أن يكون هذا فى دلال توسط بين البائع والمشترى ، أما لو دفع الثوب ليبيعه كان وكيلا عن مالكه ورجعت حقوق العقد إليه وكان قبض الثمن له ولايعتبر حينئذ إذن البائع ولا نهيه ، وأستغفر الله العظيم .

كتاب الدعوى

لايخفى مناسبتها للوكالة بالخصومة

(هى) لغة قول يقصد به الإنسان إيجاب حق على غيره وألفها للتأنيث فلا تنون وجمعها دعاوى بفتح الواو كفتوى وفتاوى درر . لكن جزم فى المصباح بكسرها أيضا فيهما محافظة على ألف التأنيث . وشرعا (قول مقبول) عند القاضى (يقصد به طلب حق قبل غيره)

كتاب الدعوى

لايخفى مناسبتها للخصومة : أى لما اقتضى كون العزل معقبا للوكالة تقديم باب عزل الوكيل فتأخرت الدعوى عن الوكالة بالخصومة عنه . ووجه مناسبتها له أن الخصومة شرعا هى الدعوى والجواب عنها : فكان ذكرها بعد الوكالة بالخصومة من قبيل التفصيل بعد الإجمال (قوله قول الخ) ظاهره يشمل الشهادة إلا أن يكون تعريفا لأعم . فإن أريد إخراج الشهادة يزاد لنفسه (قوله إيجاب حق على غيره) أى من غير تقييد بمنازعة ولامسالمة جوى ولا تعرض فيه إلى الدفع عن حق نفسه . والمصدر الادعاء وهو افتعال من ادعى والدعوى اسم منه ، وتطلق على دعوى الحرب . وهى أن يقال يا لفلان وكذا الدعوة والدعاوة بالفتح والكسر اسمان منه . والدعوة بالفتح أيضا المرة والحلف والدعاء إلى الطعام وتضم وبالكسر فى النسب ط . وقيل الدعوى فى اللغة قول يقصد به الإنسان إيجاب الشىء على غيره إلا أن اسم المدعى يتناول من لاحجة له فى العرف ولا يتناول من له حجة : فإن القاضى يسميه مدعيا قبل إقامة البينة وبعدها يسميه محقا لا مدعيا . ويقال لمسيلمة الكذاب مدعى النبوة لأنه عجز عن إثباتها . ولا يقال لحضرة سيدنا رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم مدعى النبوة لأنه قد أثبتها بالمعجزة (قوله وألفها للتأنيث) هى لغة بعض العرب وبعضهم يؤنثها بالتاء مصباح (قوله جزم فى المصباح الخ) قال بعضهم الكسر أولى وهو المفهوم من كلام سيبويه . لأنه ثبت أن مابعد ألف الجمع لايكون إلا مكسورا وأما فتحه فإنه مسموع لايقاس عليه . وقال بعضهم الفتح أولى لأن العرب آثرت التخفيف ففتحت ح (قوله فيهما) أى فى الدعاوى والفتاوى ح (قوله محافظة على ألف التأنيث) أى التى يبنى عليها المفرد . والظاهر أنه ساقط لفظ وفتحها بعد قوله بكسرها كما هو صريح عبارة الشرنبلالية والمصباح . أو يقال إنما جزم صاحب المصباح بفتحها أيضا محافظة الخ فلا سقط تأمل (قوله وشرعا قول) أى إن قدر عليه وإلا فتكفى كتابته . قال فى خزانة المفتين : ولو كان المدعى عاجزا عن الدعوى عن ظهر القلب يكتب دعواه فى صحيفة ، يدعى بها فتسمع دعواه اه (قوله عند القاضى) أى فلا تسمع هى ولا الشهادة إلا بين يدى الحاكم بحر . وأراد بالقبول الملازم فخرج غيره كما يأتى .

أقول : وينبغى أن يكون الحكم كالقاضى فيما يجوز به التحكيم بشروطه فإنه شرط كما فى الاختيار ونبه عليه الشارح فى شرحه عن الملتقى .

قال فى الشرنبلالية بعد أن ذكر القاضى قال : وينبغى أن يكون المحكم كذلك لأنه يلزم الخصم بالحق ويخلصه اه .

وأقول : قد صدر الأمر السلطانى الآن بنفاذ حكم المحكم إذا رفع للحاكم الشرعى وكان موافقا نفذه كما فى كتاب القضاء من مجلة الأحكام العدلية (قوله يقصد به طلب حق) أى معلوم قبل غيره . هذا التعريف

خرج الشهادة والإقرار (أو دفعه) أى دفع الخصم (عن حق نفسه) دخل دعوى دفع التعرض فتسمع به يفتى بزازية ، بخلاف دعوى قطع النزاع فلا تسمع سراجية ؛

خاص بدعوى الأعيان والديون . فخرج عنه دعوى إيفاء الدين والإبراء عنه بحر .

ورده العلامة المقدسى بأن هذا إنما يكون من جانب المدعى عليه لدفع الدعوى : أى فليس بدعوى . وأيضا إذا علم أن الديون تقضى بأمثالها فالإيفاء دعوى دين والإبراء دعوى تملك معنى اه . وقوله طلب حق يفيد أنه حال المنازعة فخرج الإضافة حال المسالمة فإنها دعوى لغة لا شرعا . ونظيره ما فى البزازية : عين فى يد رجل يقول هو ليس لى وليس هناك منازع لا يصح نفيه . فلو ادعاه بعده لنفسه صح . وإن كان ثمة منازع فهو إقرار بالملك للمنازع ؛ فلو ادعاه بعد ذلك لنفسه لا يصح . وعلى رواية الأصل لا يكون إقرارا بالملك له اه بحر .

أقول : كلام البزازية مفروض فى كون النفى إقرارا للمنازع أو لا وليس فيه دعواه الملك لنفسه حالة المسالمة (قوله خرج الشهادة) فإنها وإن كانت قولا مقبولا إلا أنه يقصد به إثبات حق للغير (قوله والإقرار) أى وكذا الإقرار .

وأورد على التعريف يمين الاستحقاق فإنه قول مقبول يقصد به طلب حق قبل الغير . وأجيب بأنه خرج بالطلب فإن المراد به طلب خاص وهو ما كان بلفظ الدعوى ونحوه ط (قوله أو دفعه) أى دفع الخصم عن حق نفسه . زاد الباقانى فى الحد بعد دعوى صحيحة لينطبق على المحدود اه وعطفه بأو التنويعية إشارة إلى أن الدعوى نوعان ، والقصد به الإدخال فلا اعتراض بإدخال أو فى التعريف (قوله دخل دعوى دفع التعرض) أى بقوله أو دفعه ، وهو أن يدعى كل منهما أرضا أنها فى يده وبرهن أحدهما على دعواه فكان مدعيا دفع تعرض الآخر حيث أثبت بالبينة أنها فى يده والبينة لا تقبل إلا بعد صحة الدعوى فعلمنا صحة دعوى دفع التعرض .

قال فى البزازية : والفتوى على أن دعوى دفع التعرض صحيحة فإنه ذكر فى الجامع الصغير : أرض يدعيها رجلان كل يقول فى يدى لا يقضى باليد لواحد منهما . ولو أحدهما باليد لآخر لا يقضى له به . ولو برهن أحدهما باليد يقضى له باليد لأنه قام على خصم لنزاعه معه فى اليد ، دل على أن دعوى دفع التعرض مسموعة لعدم ثبوت اليد للآخر اه أفاده الرحمتى ، لكن صورها الطحطاوى بقوله أن يقول إن فلانا يتعرض لى فى كذا بغير حق وأطالبه بدفع التعرض فإنها تسمع فينهاه القاضى عن التعرض له بغير حق ؛ فما دام لا حجة له فهو ممنوع عن التعرض فإذا وجد حجة تعرض بها اه .

قال الحموى ناقلا عن بعض الفضلاء : لأنه وقع عنده تردد فيما إذا سمع القاضى دعوى دفع التعرض ومنع الخصم من معارضته بعدها هل يكون قضاء منه مالعا للخصومة من المقضى عليه فى الحادثة المتنازع فيها أم لا ؟ فإن كان مانعا ظهر نتيجته . وإذا لم يكن مانعا فأى فائدة فيه ، ولم أر من صرح بذلك اه .

أقول : فائدته فيما يظهر عدم سماع ذلك القاضى منه دعوى التعرض قبل وجود الحجة معه .

واعلم أن النزاع والتعرض متقاربان . لكن إن أريد بالتعرض أن يكون بغير حق بل مجرد أذية وأريد بالنزاع أن يكون بمستند يتوهم وجوده فالفرق ظاهر (قوله بخلاف دعوى قطع النزاع) أى بينه وبين غيره ، حقيقته أن يأتى بشخص للقاضى ويقول هذا يدعى على دعوى ، فإن كان له شىء فليبينه وإلا يشهد على نفسه

وهذا إذا أريد بالحق فى التعريف الأمر الوجودى، فلو أريد ما يعم الوجودىّ والعدمى لم يحتج لهذاالقيد (والمدعى من إذا ترك) دعواه (ترك) أى لا يجبر عليها

بالإبراء وهذا غير صحيح ؛ وهذه الدعوى غير مسموعة لأن المدعى من إذا ترك ترك .

قال فى البحر : سئل قارئ الهداية عن الدعوى بقطع النزاع بينه وبين غيره . فأجاب لايجبر المدعى على الدعوى لأن الحق له اه .

والذى رأيته فى عبارة قارئ الهداية : سئل إذا ادعى شخص على آخر أنه يقطع النزاع بينه وبينه ، إن كان له عليه حق أو مطالبة يدعى به ويطالبه ؛ وإن كان ليس له عليه حق يشهد عليه أنه لا يستحق عليه شيئا من الحقوق والدعاوى والطلبات ؛ فهل تسمع هذه الدعوى من المدعى أم لا ؟ أجاب لايجب عليه أن يدعى عليه لأن الحق له . إن شاء طلبه وإن شاء تركه اه وهى التى عناها الشارح بقوله سراجية : أى فتوى سراج الدين قارىء الهداية . وهذا بخلاف دعوى دفع التعرض كما علمت ؛ لأن ذلك يقول هذه الأرض فى يدى وهذه البينة تشهد لى بها وهذا يدعى أنها له وفى يده ولا بينة له على دعواه فأريد أن لا يتعرض لى لأنى أثبت أنى ذو يد دونه (قوله وهذا الخ) يعنى لما عرفنا أن الدعوى قول مقبول يقصد به طلب حق ، فإن أردنا بالحق الأمر الوجودى كأن يقول هذا المال لى أريد أن يسلمه إلىّ بقى من أنواع الدعوى دعوى دفع التعرض فيزاد أو دفعه عن حق نفسه ؛ وإن أراد بالحق أعم من الوجودى وهو ماتقدم ومن العدمىّ وهو أن يقول هذا لاحق له فى مالى لأنى أثبت أنى ذو يد وأطلب أن لا يتعرض لى بغير حق وعدم تعرضه حق لكنه عدمى فيستغنى عن هذه الزيادة وهى قوله أو دفعه (قوله الأمر الوجودى) فلا يشمل العدمىّ كالدفع فيحتاج إلى زيادته لإدخاله فى تعريف الدعوى . والمراد بالعدمى ما يشمل الاعتبار فإن الدفع ليس عدميا لأن المراد به كفه عن المنازعة ط (قوله لهذا القيد) أى فيستغنى فى التعريف عن هذا القيد وهو قوله أودفعه فإنه فصل قصد به الإدخال والفصل بعد الجنس قيد فافهم . والأوضح أن يقول لم يحتج إلى زيادة أو دفعه (قوله والمدعى الخ) اسم فاعل من ادعى يدعى وأصله متدعى لأن ثلاثيه دعا فنقل إلى باب الافتعال فصار اتدعى وقلبت التاء دالا وأدغمت الدال فى الدال فصار ادعى وكذلك فى باب التصرفات من المضارع والأمر والمصدر . وإنما أبدلت التاء دالا ولم يعكس لأنها من المهموسة والدال من المجهورة ؛ فالأقوى لا يتحول إلى الضعيف .

[تتمة] لما كان قوله والمدعى الخ للأغلب من المتنازعين فعلا احترز عنه فى الدرر بقوله من المتنازعين قولا . ولما كان هذا متناولا للمتنازعين فى المباحث احترز عنه بقوله فى الحق : أى حق العبد اه .

قال شيخنا : يوضحه أنه إذا تضاربا وكان الظافر أحدهما فإنه يطلق عليه مدع مع أنه إذا ترك لا يترك فاحتاج إلى إخراجه بقوله من المتنازعين قولا اه أبو السعود .

والحاصل أن طالب الحق يسمى مدعيا والطالب إذا ترك لا يتعرض له ، والمطلوب هو المدعى عليه لا يتأتى منه الترك حتى يسلم ما عليه (قوله من إذا ترك ترك) أى لا يجبر عليها لأن حق الطلب له فإذا تركه لا سبيل عليه عينى .

أقول : وهذا أحسن ما قيل فيه . وقال محمد فى الأصل : قيل المدعى عليه هو المنكر والآخر المدعى . قال الزيلعى : وهذا صحيح غير أن التميز بينهما يحتاج إلى فقه وحدّة ذكاء ؛ إذ العبرة للمعانى دون الصور والمبانى . ولأن الكلام قد يوجد من الشخص فى صورة الدعوى وهو إنكار معنى كالمودع إذا ادعى أداء

(والمدعى عليه بخلافه) أي يجبر عليها فلو فى البلدة قاضيان كل فى محلة فالخيار للمدعى عليه عند محمد به يفتى بزازية ، ولو القضاة فى المذاهب الأربعة على الظاهر

الوديعة أو هلاكها فإنه مدع صورة ومنكر لوجوب الضمان معنى ، ولهذا يحلفه القاضى إذا ادعى رد الوديعة أو هلاكها أنه لا يلزمه رده ولا ضمان ، ولا يحلفه أنه رده لأن اليمين أبدا تكون على النفى كما فى الشرنبلالية (قوله والمدعى عليه بخلافه) أي ملتبس بمخالفته ، وهو من إذا ترك لا يترك بل يجبر على الخصومة إذا تركها وهذا فرق صحيح حموى .

قال القهستانى : فلا يشكل بوصى اليتيم فإنه مدعى عليه معنى فيما إذا أجبره القاضى على الخصومة لليتيم ، وإنما عرفهما بذلك وعدل عما يقتضى التعريف إشارة إلى اختلاف المشايخ فيهما ، وقيل المدعى من يخبر بحق له على غيره ، والمدعى عليه من يخبر بأن لا حق لغيره عليه ، وقيل المدعى من يلتمس خلاف الظاهر ، والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر اه وقيل المدعى من لا يستحق إلا بحجة كالخارج والمدعى عليه من يستحق بقوله بلا حجة كذى اليد .

قلت : وهذا تعريف بالحكم فيه دور ، وأصح ما ذكر فيه الذى مشى عليه المصنف (قوله فلو فى البلدة قاضيان كل فى محلة) أي بخصوصها وليس قضاؤه عاما وأشار به إلى أن الجبر فى أصل الدعوى لا فيمن يدعى بين يديه والتفريع لا يظهر ، وفى بعض النسخ بالواو بدل الفاء (قوله فالخيار للمدعى عليه عند محمد به يفتى بزازية) ليس ما ذكره عبارة البزازية . وعبارتها كما فى المنح : قاضيان فى مصر طلب كل واحد منهما أن يذهب إلى قاض فالخيار للمدعى عليه عند محمد وعليه الفتوى اه .

وفى المنح قبل هذا عن الخانية قال : ولو كان فى البلدة قاضيان كل واحد منهما فى محلة على حدة فوقعت الخصومة بين رجلين أحدهما من محلة والآخر من محلة أخرى والمدعى يريد أن يخاصمه إلى قاضى محلته والآخر يأبى ذلك اختلف فيها أبو يوسف ومحمد ، والصحيح أن العبرة لمكان المدعى عليه ، وكذا لو كان أحدهما من أهل العسكر والآخر من أهل البلدة اه . وعلله فى المحيط كما فى البحر بأن أبا يوسف يقول إن المدعى منشىء للخصومة فيعتبر قاضيه ، ومحمد يقول إن المدعى عليه دافع لها اه .

وبيان التعليل كما قال الرملى أن عند أبى يوسف رحمه الله تعالى المدعى إذا ترك ترك فهو منشئ فيتخير إن شاء أنشأ الخصومة عند قاضى محلته ، وإن شاء أنشأها عند قاضى محلة خصمه ، وأن محمدا رحمه الله تعالى يقول المدعى عليه دافع له والدافع يطلب سلامة نفسه والأصل براءة ذمته فأخذه إلى من يأباه لريبة ثبتت عنده وتهمة وقعت له ربما يوقعه فى إثبات ما لم يكن ثابتا فى ذمته بالنظر إليه ، واعتباره أولى لأنه يريد الدفع عن نفسه وخصمه يريد أن يوجب عليه الأخذ بالمطالبة ، ومن طلب السلامة أولى بالنظر ممن طلب ضدها تأمل وإنما حمل الشارح عبارة البزازية على ما فى الخانية من التقييد بالمحلة لما قاله المصنف فى المنح ، هذا كله وكل عبارات أصحاب الفتاوى يفيد أن فرض المسألة التى وقع فيها الخلاف بين أبى يوسف ومحمد فيما إذا كان فى البلدة قاضيان كل قاض فى محلة ، وأما إذا كانت الولاية لقاضيين أو لقضاة على مصر واحد على السواء فيعتبر المدعى فى دعواه فله الدعوى عند أى قاض أراده إذ لا تظهر فائدة فى كون العبرة للمدعى أو المدعى عليه ، ويشهد لصحة هذا ما قدمناه من تعليل صاحب المحيط اه .

ورده الخير الرملى وادعى أن هذا بالهذيان أشبه ، وذكر أنه حيث كانت العلة لأبى يوسف أن المدعى منشىء للخصومة . ولمحمد أن المدعى عليه دافع لها لا يتجه ذلك فإن الحكم دائر مع العلة اه وهو الذى يظهر

وبه أفتيت مرارا بحر .

قال المصنف : ولو الولاية لقاضيين فأكثر على السواء فالعبرة للمدعى ، نعم لو أمر السلطان

كما قال شيخنا ، لكنه لم يأت اراده بوجه يقويه ، والظاهر أنه لم يظهر له المراد وهو الذى نذكره فى الحاصل آخر هذه العباره .

وأقول : التحرير فى هذه المسألة ما نقله الشارح عن خط المصنف ، ومشى عليه العلامة المقدسى كما نقله عنه أبو السعود .

وحاصله أن ما ذكروه من تصحيح قول محمد بأن العبرة لمكان المدعى عليه إنما هو فيما إذا كان قاضيان كل منهما فى محلة وقد أمر كل منهما بالحكم على أهل محلته فقط بدليل قول العمادى : وكذا لو كان أحدهما من أهل العسكر والآخر من أهل البلد فأراد العسكرى أن يخاصمه إلى قاضى العسكر فهو على هذا ولا ولاية القاضى العسكر على غير الجندى ، فقوله ولا ولاية دليل واضح على ذلك . أما إذا كان كل منهما مأذونا بالحكم على أى من حضر عنده من مصرى وشامى وحلبى وغيرهم كما فى قضاة زماننا فينبغى التعويل على قول أبى يوسف لموافقته لتعريف المدعى والمدعى عليه أى فإن المدعى هو الذى له الخصومة فيطلبها عند أى قاض أراد ، وبه ظهر أنه لا وجه لما فى البحر من أنه لو تعدد القضاة فى المذاهب الأربعة كما فى القاهرة فالخيار للمدعى عليه حيث لم يكن القاضى من محلتهما . قال : وبه أفتيت مرارا .

أقول : وقد رأيت بخط بعض العلماء نقلا عن المفتى أبى السعود العمادى أن قضاة الممالك المحروسة ممنوعون عن الحكم على خلاف مذهب المدعى عليه اه وأشار إليه الشارح ، وذكر شيخ شيوخ مشايخنا السائحانى بعد كلام قال فى قضاء البزازية : فوّض قضاء ناحية إلى رجلين لا يملك أحدهما القضاء ، ولو قلد رجلين على أن ينفرد كل منهما بالقضاء لا رواية فيه . وقال الإمام ظهير الدين : ينبغى أن يجوز لأن القاضى نائب السلطان ويملك التفرد اه .

فتحصل أن الولاية لو لقاضيين فأكثر كل واحد فى محلة فتفرد القاضى صحيح والعبرة للمدعى عليه ، وإن كانوا فى محل واحد على السواء فقد سمعت أنه لا يملك أحدهم التفرد فلا فائدة فى اختيار أحدهم ، وإن أمر كل واحد بالتفرد جاز وحينئذ فلا يظهر فرق بين كل واحد فى محلة أو مجتمعين ، فما فهمه المصنف ليس على إطلاقه بل على هذا التفصيل اه وكان عليه أن يذكر بعد قوله جاز والعبرة للمدعى . وقد اتضح المرام من هذه المسألة على أتم وجه ، ولله تعالى الحمد ، لكن صدر الأمر السلطانى الآن بالعمل على ما فى المجلة من المادة ١٨٠٣ من أن العبرة للمدعى عليه فاحفظه والسلام (قوله وبه أفتيت مرارا) رده العلامة المقدسى ، وذكر أنه ينبغى التعويل على قول أبى يوسف لموافقته تعريف المدعى والمدعى عليه ، وذكر أنه غير صحيح . أما أولا فإن النسخ المشهورة من البزازية على الإطلاق الذى ادعاه وبنى عليه فتواه بل على ما قيده من أن كلا من المتداعيين يطلب المحاكمة عند قاضى محلته كما علمت من عبارته المتقدمة . وعلى تقدير أن فى نسخته إطلاقا فهو محمول على التقييد المصرح به فى العمادية والخانية وغيرهما ، فإن الذى ولاه خصمه بتلك البلدة أو بتلك المحلة . ولهذا قال فى جامع الفصولين : اختصم غريبان عند قاضى بلدة صح قضاؤه على سبيل التحكيم .

أقول : ولا يحتاج إلى هذا لأن القضاة يفوّض لهم الحكم على العموم فى كل من هو فى بلدهم أو قريتهم ولو من الغرباء التى تولوا القضاء بها كما ذكرناه وهو الذى ذكره المؤلف بعد عن المصنف (قوله على السواء)

بإجابة المدعى عليه لزم اعتباره لعزله بالنسبة إليها كما مر مرارا .

قلت : وهذا الخلاف فيما إذا كان كل قاض على محلة على حدة ، أما إذا كان فى المصر حنفى وشافعى ومالكى وحنبلى فى مجلس واحد والولاية واحدة فلا ينبغى أن يقع الخلاف فى إجابة المدعى ، لما أنه صاحب الحق كذا بخط المصنف على هامش البزازية فليحفظ .

(وركنها إضافة الحق إلى نفسه) لو أصيلا كلى عليه كذا (أو) إضافته (إلى من ناب) المدعى (منابه) كوكيل وصى (عند النزاع) متعلق بإضافة الحق (وأهلها العاقل المميز)

أى فى عموم الولاية لأن قضاة المذاهب فى زماننا ولايتهم على السواء فى التعميم ، وهو ردّ على البحر (قوله بإجابة المدعى عليه) بأن قال له من اختار غيرك من القضاء فلا تحكم عليه (قوله لزم اعتباره) أى أمر السلطان أى العمل به وقد أمر كما مر فلا تنسه (قوله لعزله) أى لعزل من اختاره المدعى عن الحكم بالنسبة إلى هذه الدعوى عملا بأمر السلطان فكأنه خصص قضاءه بالحكم على من اختاره والقضاء يتخصص (قوله كما مر مرارا) من أن القضاء يتقيد (قوله قلت وهذا الخلاف) أى بين محمد القائل باعتبار المدعى عليه وبين أبى يوسف القائل باعتبار المدعى (قوله على حدة) أى لا يقضى على غير أهلها (قوله أما إذا كان فى المصر حنفى وشافعى الخ) أى وقد ولى الحنفى على أن يحكم على جميع أهل المصر وكذا الشافعى ونحوه فليس هو كمن ولى على محلة (قوله فى مجلس واحد) قيد اتفاقى ، والظاهر أنه أراد فى بلدة واحـــدة لأن المدار على عموم الولاية كما تقدم ، فلو اقتصر على قوله والولاية واحدة لكان أحسن ، ويعنى باتحادها عمومها (قوله والولاية واحدة) أى لم يخصص كل واحد بمحله (قوله لما أنه صاحب الحق) هذا ما يعطيه كلام المقدسى وهو يفيد اعتبار المدعى ولو كان أحد القضاة يساعد المدعى عليه وهذا التعليل منه أولى من تعليله السابق بقوله إذ لا تظهر فائدة فى كون العبرة للمدعى أو المدعى عليه ط .

قال الشارح فى الدر المنتقى بعد أن ذكر نحو هذا : وأفتى بعض موالى الروم بأنه إن انضم إليه احتمال ظلمه فللمدعى عليه ، والله تعالى الموفق اه (قوله وركنها) أى الدعوى إضافة الحق إلى نفسه . الركن جزء الماهية ، وقد قدم أنها قول مقبول الخ فهى مركبة من إضافة الحق إلى نفسه ومن القول الدال عليه ومن كونه عند القاضى فيكون أركانها ثلاثة ويحتمل أن كونها عند القاضى شرط كما سيصرح به فيكون الركن شيئين فقط القول ومدلوله وظاهر كلام الشارح أن الركن هو المدلول فقط . وأما القول فهو وسيلة إليه فيكون أراد بالركن الماهية وكثيرا ما يقع ذلك فى كلامه فليتأمل (قوله كوكيل ووصى) الأولى كموكل ويتيم (قوله عند النزاع الخ) إنما تسمى دعوى عند النزاع لأنه حينئذ يسمى مدعيا ، أما بعد ثبوت حقه وانقطاع النزاع عنه فلا يسمى مدعيا وكذا عند المسالمة فإنها ليست دعوى شرعا .

قال فى البحر : فخرج الإضافة حالة المسالمة فإنها دعوى لغة لا شرعا اه ونظير ما تقدم عن البزازية عند قوله يقصد به طلب حق (قوله وأهلها) أدخله فى البحر فى الشروط ونظم الحموى الشروط بقوله :

أيا طالبا منى شرائط دعوة ... فتلك ثمان من نظامى لها حلا
فحضرة خصم وانتفاء تناقض ... ومجلس حكم بالعدالة سربلا
كذلك معلوميـــة المدعى به ... وإمكانه والعقل دام لك العلا
كذاك لسان المدعى من شروطها ... وإلزامه خصما به النظم كملا

ولو وصيا لو مأذونا فى الخصومة وإلا لا أشباه .

(قوله ولو صبيا) أى ولو المميز صبيا (قوله وإلا) أى وإن لم يكن مأذونا لا تصح دعواه كسائر عبارته الدائرة بين الضر والنفع .

[تتمة] نقل العلامة أبو السعود عن الزيلعى أن الصبى العاقل المأذون له يستحلف ويقضى عليه بالنكول، ولا يستحلف الأب فى مال الصبى والوصى فى مال اليتيم ولا المتولى فى مال الوقف إلا إذا ادعى عليهم العقد فيستحلفون حينئذ ويأتى تمامه فى محله إن شاء الله تعالى .

وفى الفصول العمادية : لو ادعى على صبى محجور عليه شيئا وله وصى حاضر لا تشترط حضرة الصبى ذكره فى كتاب القسمة ، ولم يفصل بين ما إذا كان المدعى عينا أو دينا وجب بمباشرة هذا الوصى أو وجب لا بما شرته كضمان الاستهلاك ونحوه .

وذكر الخصاف فى أدب القاضى : لو ادعى على صبى محجور مالا بالإستهلاك أو بالغصب ، إن قال المدعى لى بينة حاضرة تسمع دعواه ويشترط حضور الصغير لأن الصبى مؤاخذ بأفعاله والشهود محتاجون إلى الإشارة لكن يحضر معه أبوه أو وصيه حتى إذا ألزم الصغير بشىء يؤدى عنه أبوه من ماله يعنى من مال الصغير .

وذكر بعض المتأخرين حضرة الصغير عند الدعاوى شرط ، سواء كان الصغير مدعيا أو مدعى عليه . والصحيح أنه لا يشترط حضرة الأطفال الرضع عند الدعاوى ، هكذا ذكر فى المحيط وذكر رشيد الدين فى فتاواه أن المختار أنه يشترط حضرة الصبى عند الدعاوى اه .

وفى جامع أحكام الصغار للاستروشنى : ولو ادعى رجل على صبى محجور شيئا وله وصى حاضر لا يشترط حضور الصبى ، هكذا ذكر شيخ الإسلام، ولم يفصل بين ما إذا كان المدعى دينا أو عينا وجب الدين بمباشرة هذا الوصى أو لا .

وذكر الناطفى فى أجناسه إذا كان الدين واجبا بمباشرة هذا الوصى لا يشترط إحضار الصبى .

وفى أدب القاضى للخصاف إذا وقع الدعوى على الصبى المحجور عليه إذا لم يكن للمدعى بينة فليس له حق إحضاره إلى باب القاضى : لأنه لو حضر لا يتوجه عليه اليمين ، لأنه لو نكل لا يقضى بنكوله ، وإن كانت له بينة وهو يدعى عليه الاستهلاك كان له حق إحضاره ، لأن الصبى مؤاخذ بأفعاله والشهود يحتاجون إلى الإشارة إليه فكان له حق إحضاره ولكن يحضر معه أبوه حتى إذا لزم الصبى شىء يؤدى عنه أبوه من ماله .

وفى كتاب الأقضية أن إحضار الصبى فى الدعاوى شرط ، وبعض المتأخرين من مشايخ زماننا منهم من شرط ذلك سواء كان الصغير مدعيا أو مدعى عليه ، ومنهم من أبى ذلك . وإذا لم يكن للصبى وصى وطلب المدعى من القاضى أن ينصب عنه وصيا أجابه القاضى إلى ذلك .

وفى فتاوى القاضى ظهير الدين : والصحيح أنه لا يشترط حضرة الأطفال الرضع عند الدعوى، وتشترط حضرة الصبى عند نصب الوصى للإشارة إليه هكذا فى الفتاوى .

وفى كتاب الأقضية : ومن مشايخ زماننا من أبى ذلك ، وقال لو كان الصبى فى المهد يشترط إحضار المهد مجلس الحكم ، ولا شك أن اشتراطه بعيد ، والأول أقرب إلى الصواب وأشبه بالفقه اه .

(وشرطها) أى شرط جواز الدعوى (مجلس القضاء وحضور خصمه)

وفى جامع أحكام الصغار للأستروشنى أيضا : الصبى التاجر والعبد التاجر يستحلف ويقضى عليه بالنكول. وذكر الفقيه أبو الليث أن الصبى المأذون له يستحلف عند علمائنا ، وبه نأخذ . وفى الفتاوى أنه لا يمين على الصبى المأذون حتى يدرك . وذكر فى النوادر : يحلف الصبى المأذون له ويقضى بنكوله . وفى المنية : الصبى العاقل المأذون له يستحلف ويقضى بنكوله .

وفى الولوالجية : صبى مأذون باع شيئا فوجد المشترى به عيبا فأراد تحليفه فلا يمين عليه حتى يدرك .

وعن محمد : لو حلف وهو صبى ثم أدرك لا يمين عليه كالنصرانى إذا حلف ثم أسلم لا يمين عليه ، فهذا دليل على أنه او حلف يكون معتبرا

وعن محمد : إذا ادعى على الصبى دين وأنكر الغلام فالقاضى يحلفه ، وإن نكل يقضى بالدين عليه ولزمه فى ذلك بمنزلة الكبير ، وفى الصبى المحجور إذا لم يكن للمدعى بينـة لا يكون له إحضاره إلى باب القاضى ، لأنه لو حلف ونكل لا يقضى عليه بنكوله ، ولو كان له بينة وهو يدعى عليه الاستهلاك له إحضاره لأنه مأخوذ بأفعاله ، وإن لم يكن مأخوذا بأقواله والشهود محتاجون إلى الإشارة إليه فيحضر ، لكن يحضر معه أبوه ومن هو فى معناه لأن الصبى بنفسه لا يلى شيئا فيحضر الأب حتى إذا لزمه يؤمر الأب بالأداء عنه فى ماله كذا فى الحواشى الحموية .

والحاصل أن المفهوم مما ذكر أنه لا يلزم إحضار الصغير ولو مدركا على الصحيح مالم يكن مستهلكا للإشارة إليه فى الشهادة ولكن يحضر معه أبوه أو وصيه (قوله وشرطها) لم أر اشتراط لفظ مخصوص للدعوى وينبغى اشتراط ما يدل على الجزم والتحقيق ، فلو قال أشك أو أظن لم تصح الدعوى بحر .

[فائدة] لا تسمع الدعوى بالإقرار ، لما فى البزازية عن الذخيرة ، ادعى أن له عليه كذا وأن العين الذى فى يده له لما أنه أقر له به أو ابتدأ بدعوى الإقرار وقال إنه أقر أن هذا لى أو أقر أن لى عليه كذا ، قيل يصح ، وعامة المشايخ على أنه لا تصح الدعوى لعدم صلاحية الإقرار للاستحقاق الخ بحر من فصل الاختلاف فى الشهادة وسيأتى متنا أول الإقرار (قوله أى شرط جواز الدعوى) أى صحتها (قوله مجلس القضاء) فيه مناقشة ، فإن شرط الشىء خارج عن ذلك الشىء وحضور مجلس القاضى مأخوذ فى مفهوم الدعوى حيث عرفها فى الدرر بأنها مطالبة حق عند من له الخلاص . وأما على تعريف الكنز بأنها إضافة الشىء إلى نفسه حالة المنازعة فلا ترد هذه المناقشة أبو السعود ، والمراد بمجلس القاضى محل جلوسه حيث اتفق ولو فى بيت أو دكان إذ لا تسمع الدعوى ولا الشهادة إلا بين يدى القاضى ، أما نوابه الآن فى محاكم الكنارات فلا يصح سماعهم الدعوى إلا بها مالم يطلق لهم الإذن بسماعها أينما أرادوا فإذا أطلق لهم صاروا مثله (قوله وحضور خصمه) قال فى البحر : ولابد من بيان من يكون خصما فى الدعاوى ليعلم المدعى عليه ، وقد أغفله الشارحون وهو مما لا ينبغى . فأقول : فى دعوى الخارج ملكا مطلقا فى عين فى يد مستأجر أو مستعير أو مرتهن فلابد من حضرة المالك وذى اليد إلا إذا ادعى الشراء منه قبل الإجارة فالمالك وحده يكون خصما ، وتشترط حضرة المزارع إن كان البذر منه أو كان الزرع نابتا وإلا لا ، وفى دعوى الغصب عليه لا تشترط حضرة المالك ، وفى البيع قبل التسليم لا بد فى دعوى الاستحقاق والشفعة من حضرة البائع والمشترى فاسدا بعد القبض خصم لمن يدعى الملك فيه وقبل القبض الخصم هو البائع وحده وأحد الورثة ينتصب خصما عن الكل فالقضاء عليه قضاء الكل وعلى الميت ،

فلا يقضى على غائب

وقيده فى الجامع بكون الكل فى يده وأن البعض فى يده فبقدره والموصى له ليس بخصم فى إثبات الدين إنما هو خصم فى إثبات الوكالة أو الوصاية إلا إذا كان موصى له بما زاد على الثلث ولا وارث فهو كالوارث .
واختلف المشايخ فى إثبات الدين على من فى يده مال الميت وليس بوارث ولا وصى ، ولا تسمع دعوى الدين على الميت على غريم الميت مديونا أو دائنا أى لأجل المخاصمة .
والخصم فى إثبات النسب خمسة : الوارث والوصى والموصى له والغريم للميت أو على الميت .
وقف على صغير له وصى ولرجل فيه دعوى يدعيــه على متولى الوقف لا على الوصى لأن الوصى لا يلى القبض .
ولا تشترط حضرة الصبى عند الدعوى عليه وتكفى حضرة وصيه دينا أو عينا باشره الوصى أولا .
ولا تشترط حضرة العبد والأمة عند دعوى المولى أرشه ومهرها .
ولو ادعى على صبى محجور عليه استهلاكا أو غصبا وقال لى بينة حاضرة تسمع دعواه وتشترط حضرة الصبى مع أبيه أو وصيه وإلا نصب له القاضى وصيا ، وتشترط حضرته عند الدعوى مدعيا أو مدعى عليه .
والصحيح أنه لا تشترط حضرة الأطفال الرضع عند الدعوى .
والمستأجر خصم لمن يدعى الإجارة فى غيبة المالك على الأقرب إلى الصواب ، وليس بخصم على الصحيح لمن يدعى الإجارة أو الرهن أو الشراء والمشترى خصم للكل كالموهوب له .
وفى دعوى العين المرهونة تشترط حضرة الراهن والمرتهن وتصح الدعوى على الغاصب وإن لم تكن العين فى يده فلذا كان للمستحق الدعــوى على البائع وحده وإن كان المبيع فى يد المشترى لكونه غاصبا والمودع أو الغاصب إذا كان مقرا بالوديعة والغصب لا ينتصب خصما للمشترى وينتصب خصما لوارث المودع أو المغصوب منه .
ومن اشترى شيئا بالخيار فادعاه آخر يشترط حضرة البائع والمشترى باطلا لا يكون خصما للمستحق وإذا استحق المبيع بالملك المطلق وقضى به فبرهن البائع على النتاج وبرهن على المشترى فى غيبة المستحق ليدفع عنه الرجوع بالثمن اختلف المشايخ ، والأصح أنه لا يشترط حضرته ، ومنهم من قال : المختار اشتراطها وأفتى السرخسى بالأول وهو الأظهر .
والأشبه أن الموصى له ينتصب خصما للموصى له فيما فى يده ، فإن لم يقبض ولكن قضى له بالثلث فخاصمه موصى له آخر ، فإن إلى القاضى الذى قضى له كان خصما وإلا فلا .
وإذا ادعى نكاح امرأة ولها زوج ظاهر يشترط حضرته لسماع الدعوى والبينة ودعوى النكاح عليها بتزويج أبيها صحيحة بدون حضرة أبيها .
ودعوى الواهب الرجوع فى الهبة للعبد عليه صحيحة إن كان مأذونا وإلا فلا بد من حضرة مولاه .
والقول للواهب أنه مأذون ولا تقبل بينة العبد أنه محجور ، فإن غاب العبد لم تصح دعوى الرجوع على مولاه إن كانت العين فى يد العبد ، وتمامه فى خزانة المفتين اه (قوله فلا يقضى على غائب) أى بالبينة سواء كان غائبا وقت الشهادة أو بعدها وبعد التزكية ، وسواء كان غائبا عن المجلس أو عن البلد إلا أن يكون ذلك ضروريا ، كما إذا توجه القضاء على الخصم فاستتر بشرطه المذكور فى موضعه .

وهل يحضره بمجرد الدعوى إن بالمصر أو بحيث يبيت بمنزله ؟ نعم وإلا فحتى يبرهن أو يحلف

ابن الغرس : وأما إذا أقر عند القاضى فيقضى عليه وهو غائب ، لأن له أن يطعن فى البينة دون الإقرار ولأن القضاء بالإقرار قضاء إعانة ، لكن قال فى الخامس والعشرين من جامع الفصولين ناقلا عن الخانية : غاب المدعي عليه بعد ما برهن عليه أو غاب الوكيل بعد قبول البينة قبل التعديل أو مات الوكيل ثم عدلت تلك البينة لا يحكم بها . وقال أبو يوسف : يحكم وهذا أرفق بالناس ، ولو برهن على الموكل فغاب ثم حضر وكيله أو على الوكيل ثم حضر موكله يقضى بتلك البينة ، وكذا يقضى على الوارث ببينة قامت على مورثه ، وقد مر الكلام على ذلك مستوفى فى القضاء فراجعه .

وكذا لا تسمع الشهادة على غائب إلا إذا التمس المدعى بذلك كتابا حكميا للقضاء به فيجيبه القاضى إليه فيكتب إلى القاضى الغائب الذى بطرفه الخصم بما سمعه من الدعوى والشهادة ليقضى عليه كما فى الهندية عن البدائع (قوله وهل يحضره بمجرد الدعوى) أى يحضر القاضى الخصم (قوله فحتى يبرهن) يعنى قال بعضهم إنما يحضره إذا برهن على دعواه لا للقضاء بها بل ليعلم صدقه ، وقال بعضهم : إنما تقام البينة على الخصم ولا خصم هنا بل يحلفه بالله أنه صادق فيما يدعى عليه ليعلم بذلك صدقه ، فإن حلف أحضر له خصمه (قوله أو يحلف) أو لحكاية الخلاف ، لأنهما قولان لا قول واحد يخير فيه بين البرهان والتحليف .

قال فى البحر : إن كان فى المصر أو قريبا منه بحيث لو أجاب يبيت فى منزله ، وإن كان أبعد منه قيل يأمره بإقامته البينة على موافقة دعواه لإحضار خصمه والمستور فى هذا يكفى ، فإذا أقام يأمر إنسانا ليحضر خصمه . وقيل يحلفه القاضى ، فإن نكل أقامه عن مجلسه ، وإن حلف أمر بإحضاره اه . قال قاضيخان : فإذا أقام البينة قبلت بينته للأشخاص لا للقضاء اه أى بل لإحضاره ، فإذا حضر أعاد البينة ثانيا ، فإن عدلت قضى عليه كما فى شرح أدب القاضى .

قال الشلبى : وعمل قضاة زماننا على خلاف ماتقدم فإذا أتى لهم شخص فقال لى دعوى على شخص يأمرون بإحضاره من غير أن يستفسروا المدعى عن دعواه ليعلموا صحتها من فسادها ، وهذا منهم غفلة عما ذكروه أو جهل به اه .

وفى خزانة الأكمل : قال أبو يوسف : لواختفى المدعى عليه فى البيت بعث إليه القاضى نساء وأمرهن بدخول داره ، فإن عرفنه وإلا عزل النساء فى بيت ثم يدخل الرجال فيفتشون بقية الدار . قال هشام لمحمد : ماتقول فى رجل له حق على ذى سلطان فلم يجيء معه إلى مجلس القاضى : فأخبرنى أن أبا يوسف كان يعمل بالإعداء وهو قول أهل البصرة وبه نأخذ . والإعداء أن يبعث القاضى إلى بابه من يأتيه به ، بأن يقول له إن القاضى يدعوك إلى مجلس الحكم . فإن أجابه فبها وإلا جعل القاضى وكيلا عنه . ولا يأخذ أبو حنيفة بالإعداء اه .

قال فى البحر : ولم يذكر الشارحون هنا حكم استيفاء ذى الحق حقه من الغير بلا قضاء ، وأحببت جمعه من مواضعه تكثيرا للفوائد وتيسيرا على طالبها ، فإن كان الحق حد قذف فلايستوفيه بنفسه لأن فيه حق الله تعالى اتفاقا . والأصح أن الغالب فيه حقه تعالى ، فلا يستوفيه إلا من يقيم الحدود ولكن يطلب المقذوف كما بيناه فى بابه ، وإن كان قصاصا فقال فى جنايات البزازية : قتل الرجل عمدا وله ولى له أن يقتص بالسيف فقضى به أولا ويضرب علاوته ولو رام قتله بغير سيف منع ، وإن فعل عزر لكن لا يضمن لاستيفائه حقه اه وإن كان تعزيرا ففى حدود القنية : ضرب غيره بغير حق وضربه المضروب أيضا أنهما يعزران ويبدأ بإقامة التعزير

. . . .

بالبادىء منهما لأنه أظلم والوجوب عليه أسبق اهـ. وأما إذا شتمه فله أن يقول له مثله ، والأولى تركه كما قدمناه فى محله ، بخلاف ما إذا قذفه فلا يجوز له أن يقول له مثله كما إذا قال له يا كلب لأنه كذب محض .

وقالوا للزوج أن يؤدب زوجته ، وله أن يضربها على عدم إجابته إذا دعاها لفراشه ولا مانع . وعلى ترك الزينة وهو يريدها ، وعلى ضربها ولده ، وعلى خروجها بغير إذنه بغير حق ، وعلى صعودها على السطح لتطل على الجيران أو يراها الأجانب ، وحينئذ فله أن يقفل عليها الباب . والصحيح أنه لا يضربها على ترك الصلاة كما مر فى موضعه مفصلا .

وفى جامع الفصولين من التحليف : ومن عليه التعزير لو مكن صاحب الحق منه أقامه يعنى لم يختص الإمام بإقامته ، فإن الزوج يؤدب المرأة ، ولو رأى أحدا يفعل ذلك فله أن يمنعه ويضربه لو لم ينزجر بالمنع باللسان ولو كان حقه تعالى لانعكست هذه الأحكام اهـ وإن كان عينا . فى إجارة القنية : ولو غاب المستأجر بعد السنة ولم يسلم المفتاح إلى الآجر فله أن يتخذ مفتاحا آخر ، ولو أجره من غير إذن الحاكم جاز اهـ .

مطلب حادثة الفتوى

وقد صارت حادثة الفتوى مضت المدة وغاب المستأجر وترك متاعه فى الدار فأفتيت بأن له أن يفتح الدار ويسكن فيها ، وأما المتاع فيجعله فى ناحية إلى حضور صاحبه ، ولا يتوقف الفتح على إذن القاضى أخذا مما فى القنية .

وفى غصب منية المفتى : أخذت أغصان شجرة إنسان هواء دار آخر فقطع رب الدار الأغصان ، فإن كانت الأغصان بحال يمكن لصاحبها أن يشدها بحبل ويفرغ هواء داره ضمن القاطع ، وإن لم يكن لا يضمن إذا قطع من موضع او رفع إلى الحاكم أمر بالقطع من ذلك الموضع اهـ وإن كان دينا . فى مداينات القنية رب الدين إذا ظفر من جنس حقه من مال المديون على صفته فله أخذه بغير رضاه ، ولا يأخذ خلاف جنسه كالدراهم والدنانير . وعند الشافعى له أخذه بقدر قيمته . وعن أبى بكر الرازى له أخذ الدراهم بالدنانير استحسانا لا قياسا ولو أخذ من الغريم جنس الحق غير رب الدين ودفعه لرب الدين

قال ابن سلمة : هو غاصب والغريم غاصب الغاصب ، فإن ضمن الآخذ لم يصر قصاصا بدينه ، وإن ضمن الغريم صار قصاصا . وقال نصير بن يحيى : صار قصاصا بدينه والآخذ معين له وبه يفتى . ولو غصب غير الدائن جنس الدين من المديون فغصبه منه الدائن . فالمختار هنا قول ابن سلمة اهـ . وظاهر قول أصحابنا أن له الأخذ من جنسه مقرا كان أو منكرا له بينة أولا ، ولم أر حكم ما إذا لم يتوصل إليه إلا بكسر الباب ونقب الجدار ، وينبغى أن له ذلك حيث لا يمكنه الأخذ بالحاكم . وإذا أخذ غير الجنس بغير إذنه فتلف فى يده ضمنه ضمان الرهن كما فى غصب البزازية ، ولم أر حكم ما إذا ظفر بمال مديون مديونه والجنس واحد فيهما وينبغى أن يجوز اهـ بزيادة وبعض تغيير ، لكن فى إطلاق قوله ضمنه ضمان الرهن وعزوه لغصب البزازية نظر ، فإن الذى فى غصب البزازية رفع عمامة مديونه عن رأسه حين تقضاه الدين وقال لا أردها عليك حتى تقضى الدين فتلفت العمامة فى يده تهلك هلاك الرهن بالدين. قال : هذا إنما يصح إذا أمكنه استردادها فتركها عنده . أما إذا عجز فتركها لعجزه ففيه نظر اهـ . وأنت خبير بأن ماهنا مشكل إذ يقتضى أن الزائد على الدين أمانة مع كونه غاصبا إذ ليس له أخذ غير جنس حقه فتأمل ذلك . وفى البزازية فى الرهن تقاضى دينه فلم يقضه فرفع العمامة

منية (ومعلومية) المال (المدعى) إذ لايقضى بمجهول

عن رأسه وأعطاه منديلا فلفه على رأسه فالعمامة رهن لأن الغريم بتركها عنده رضى بكونها رهنا . وسيأتى فى الرهن متنا أخذ عمامة المديون لتكون رهنا عنده لم تكن رهنا اه .

وفى جامع الفصولين : أخذ عمامة مديونه لتكون رهنا لم يجز أخذه وهلكه كرهن . وهذا ظاهر لو رضى المديون بتركه رهنا اه . والتوفيق بين النقول ظاهر فتأمل ، والله تعالى أعلم (قوله منية) عبارتها إذا طلب من القاضى إحضار الخصم وهو خارج المصر ، إن كان الوضع قريبا بحيث لو ابتكر من أهله أمكنه أن يحضر مجلس القاضى ويجيب خصمه ويبيت فى منزله يحضره بمجرد الدعوى ، كما إذا كان فى المصر . وإن كان أبعد قيل يأمره بإقامة البينة على موافقة دعواه لإحضار خصمه . وقيل يحلفه القاضى ، فإن نكل أقامه عن مجلسه وإن حلف يأمر بإحضاره اه كما قدمناه بأوضح من هذا (قوله ومعلومية المال المدعى) أى ببيان جنسه وقدره بالإجماع ، لأن الغرض إلزام المدعى عليه عند إقامة البينة ولا إلزام فيما لا يعلم جنسه وقدره .

قال فى البحر : وأشار باشتراط معلومية الجنس والقدر إلى أنه لابد من بيان الوزن فى الموزونات .

وفى دعوى وقر رمان أوسفرجل لابد من ذكر الوزن للتفاوت فى الوقر . ويذكر أنه حلو أو حامض أو صغير أو كبير .

وفى دعوى الكعك يذكر أنه من دقيق المغسول أو من غيره ، وما عليه من السمسم أنه أبيض أو أسود وقدر السمسم . وقيل لا حاجة إلى السمسم وقدره وصفته .

وفى دعوى الإبريسم بسبب السلم لا حاجة إلى ذكر الشرائط . والمختار أنه لابد من ذكر الشرائط .

وفى القطن يشترط بيان أنه بخارى أو خوارزمى . وفى الحناء لابد من بيان أنه مدقوق أو ورق . وفى الديباج إن سلما يذكر الأوصاف والوزن ، وإن عينا لاحاجة إلى ذكر الوزن ويذكر الأوصاف . ولابد من ذكر النوع والوصف مع ذكر الجنس والقدر فى المكيلات . ويذكر فى السلم شرائطه من إعلام جنس رأس المال وغيره ونوعه وصفته وقدره بالوزن إن كان وزنيا . وانتقاده بالمجلس حتى يصح . ولو قال بسبب بيع صحيح جرى بينهما صحت الدعوى بلا خلاف ، وعلى هذا فى كل سبب له شرائط قليلة يكتفى بقوله بسبب كذا صحيح ، وإن ادعى ذهبا أوفضة فلابد من بيان جنسه ونوعه إن كان مضروبا كبخارى الضرب وصنعته جيدا أو وسطا أورديئا إذا كان فى البلد نقود مختلفة .

وفى العمادى : إذا كان فى البلد نقود وأحدها أروج لا تصح الدعوى مالم يبين ، وتمامه فى البزازية وخزانة المفتين اه .

قال فى البزازية : ولو قال بسلم صحيح ولم يذكر الشرائط : كان شمس الإسلام رحمه الله تعالى يفتى بالصحة وغيره لا ، لأن شرائطه مما لا يعرفه إلا الخواص ويختلف فيه بعضها . وفى المنتقى : لو قال ببيع يكفى ؛ وعلى هذا كل ماله شرائط كثيرة لايكتفى فيه بقوله بسبب صحيح . وإذا قلت الشرائط يكتفى به . أجاب شمس الإسلام فيمن قال كفل كفالة صحيحة أنه لايصح كما فى السلم لأن المسألة مختلف فيها . فلعله صحيح على اعتقاده لا فى الواقع ولا عند الحاكم ، والحنفى يعتقد عدم صحة الكفالة بلا قبول فيقول كفل وقبل المكفول له فى المجلس فيصح ويذكر فى القرض وأقرضه منه مال نفسه لجواز أن يكون وكيلا فى الإقراض من غيره والوكيل سفير فيه فلا يملك الطلب ويذكر أيضا قبض المستقرض وصرفه إلى حوائجه ليكون دينا بالإجماع ، فإن كونه دينا عند الثانى موقوف على صرفه واستهلاكه وتمامه فيها (قوله إذ لايقضى بمجهول) أى لأن فائدة الدعوى القضاء بها ولا يقضى

ولا يقال : مدعى فيه وبه إلا أن يتضمن الإخبار (و) شرطها أيضا (كونها ملزمة) شيئا على الخصم بعد ثبوتها وإلا كان عبثا (وكون المدعى مما يحتمل الثبوت، فدعوى ما يستحيل وجوده) عقلا أو عادة (باطلة) لتيقن الكذب فى المستحيل العقلى ، كقوله لمعروف النسب أو لمن لا يولد مثله لمثله: هذا ابنى ، وظهوره فى المستحيل العادى كدعوى معروف بالفقر أموالا عظيمة على آخر أنه أقرضه إياها دفعة واحدة أو غصبها منه فالظاهر عدم سماعها بحر ، وبه جزم ابن الغرس فى الفواكه البدرية .

بمجهول فلا تصح دعوى المجهول . ويستثنى من فساد الدعوى بالمجهول دعوى الرهن والغصب، لما فى الخانية: إذا شهدوا أنه رهن عنده ثوبا ولم يسموا الثوب ولم يعرفوا عينه جازت شهادتهم والقول للمرتهن فى أى ثوب كان وكذلك فى الغصب اه فالدعوى بالأولى .

وفى المعراج : وفساد الدعوى ، إما أن لا يكون لزمه شىء على الخصم أو يكون المدعى مجهولا فى نفسه ولا يعلم فيه خلاف إلا فى الوصية ، بأن ادعى حقا من وصية أو إقرار فإنهما يصحان بالمجهول، وتصح دعوى الإبراء المجهول بلا خلاف اه فبلغت المستثنيات خمسة اه .

وفى الأشباه: ولا يحلف على مجهول إلا فى مسائل، الأولى: إذا اتهم القاضى وصى اليتيم. الثانية: إذا اتهم متولى الوقف فإنه يحلفهما نظرا للوقف واليتيم. الثالثة: إذا ادعى المودع خيانة مطلقة. الرابعة: الرهن المجهول. الخامسة: دعوى الغصب . السادسة: دعوى السرقة اه (قوله ولا يقال مدعى فيه) قال الحلبى : تعديته بفى لم أرها فليراجع اه قال الشيخ أبو الطيب : لم أجد فى كتاب أن المدعى فيه خطأ أو لغو ولعل الشارح وجده اه . وفى طلبة الطلبة : ولا يقال مدعى فيه وبه وإن كان يتكلم به المتفقهة إلا أنه مشهور فهو خير من صواب مهجور حموى .

أقول : وحينئذ يستغنى عما قاله الشارح من أن الادعاء يضمن معنى الإخبار فيعدى بالباء تأمل (قوله إلا أن يتضمن الإخبار) فى بعض النسخ إلا بتضمن الإخبار بحذف أن وبالباء الموحدة فى تضمن أى فعل الدعوى يتعدى بنفسه فيقال ادعاه، وقد يضمن معنى الإخبار فيقال ادعى بأرض أى أخبر بأنها له فهو راجع إلى به وبقى الأول على عمومه (قوله وكونها ملزمة) فلا تصح دعوى التوكيل على موكله الحاضر لإمكان عزله بحر (قوله وظهوره) أى الكذب وهو بالجر عطفا على تيقن (قوله كدعوى معروف بالفقر)وهو أن يأخذ الزكاة من الأغنياء منح أى إن ادعى لنفسه ، أما لو ادعى وكالة عن غنى فيصح كما صرح به ابن الغرس لأنه غير مستحيل عادة (قوله أنه أقرضه إياها) نقدا منح (قوله دفعة واحدة) ظاهر التقييد بما ذكر أنه إذا ادعاها ثمن عقار كان له أو ادعاها قرضا بدفعات أن تسمع دعواه (قوله وبه جزم ابن الغرس فى الفواكه البدرية) فى القضايا الحكمية حيث قال : ومن شروط صحة الدعوى أن يكون المدعى به مما يحتمل الثبوت بأن لا يكون مستحيلا عقلا أو عادة فإن الدعوى والحال ماذكر ظاهرة الكذب فى المستحيل العادى يقينية الكذب فى المستحيل العقلى مثلا الدعوى بالمستحيل العادى دعوى من هو معروف بالفقر والحاجة ، وهو أن يأخذ الزكاة من الأغنياء على آخر أنه أقرضه مائة ألف دينار ذهبا نقدا دفعة واحدة وأنه تصرف فيها بنفسه ويطالبه برد بدلها فمثل هذه الدعوى لا يلتفت إليها القاضى لخروجها مخرج الزور والفجور ، ولا يسأل المدعى عليه عن جوابها اه . قال فى المنح : لكنه لم يستند فى منع دعوى المستحيل العادى إلى نقل عن المشايخ اه .

قال فى البحر فى آخر باب التحالف والله أعلم هل منقول أو قاله تفقها كما وقع لى ثم ذكر نحو ماذكره ابن الغرس إلى أن قال : قلت: اللهم إلا أن يقال غصب لى مالا عظيما كنت ورثته من مورثى المعروف بالغنى فحينئذ تسمع اه .

(وحكمها وجوب الجواب على الخصم) وهو المدعى عليه بلا أو بنعم، حتى لو سكت كان إنكارا فتسمع البينة عليه إلا أن يكون أخرس اختيار ، وسنحققه . وسببها تعلق البقاء المقدر بتعاطى المعاملات (فلو كان ما يدعيه منقولا فى يد الخصم وذكر) المدعى (أنه فى يده بغير حق) لاحتمال كونه مرهونا فى يده أو محبوسا

قلت : لكن فى المذهب فروع تشهد له منها ماسيأتى آخر فصل التحالف (قوله حتى لو سكت) لايظهر التفريع ط . قال فى البحر : وزاد الزيلعى وجوب الحضور على الخصم، وفيه نظر لأن حضوره شرطها كما قدمناه فكيف يكون وجوبه حكمها المتأخر عنها اهـ .

وأقول : وعبارة الزيلعى : وحكمها وجوب الجواب على الخصم إذا صحت ، ويترتب على صحتها وجوب إحضار الخصم ، والمطالبة بالجواب بلا أو نعم وإقامة البينة أو اليمين إذا أنكر اهـ فليس فى كلام الزيلعى مايفيد أنه جعل وجوب الحضور حكما . وغاية ماإستفيد من كلامه أن القاضى لايحضره بمجرد طلب المدعى بل بعد سماعه دعواه، فإن رآها صحيحة أحضره لطلب الجواب وإلا فلا فتدبر أبو السعود (قوله وسنحققه) أى فى شرح قول المصنف وقضى بنكوله مرة (قوله تعلق البقاء) أى بقاء عالم المكلفين (قوله المقدر) أى المحكم وهو نعت البقاء : أى الذى قدره الله تعالى (قوله بتعاطى المعاملات) أى بسبب تعاطى المعاملات ، وهو متعلق بتعلق : أى والمعاملات من نحو البيع والإجارة والإستئجار وغير ذلك يجرى فيها الزيادة والنقصان والإقرار والجحود والتوكيل وغير ذلك فكانت الدعوى مما يقتضى بقاءه، لأنه لو أهملت لضاعت أحواله لأن الإنسان مدنى بالطبع لايمكن أن يقوم بجميع مايحتاج إليه والدعوى من المعاملات ، فما كان سببا للمعاملات وهو تعلق البقاء كان سببا لها (قوله فلو كان مايدعيه منقولا) أى مجحودا غير وديعة أما المقر به لايلزم إحضاره لأنه يأخذه من المقر، وكذا لو كان وديعة لايصح الأمر باحضارها إذ الواجب فيها التخلية لاالنقل ط .

ويرد عليه أن الدعوى فى العين الوديعة إنما تكون إذا جحدها ، وحينئذ فتكون مغصوبة والعين المغصوبة يكلف إحضارها تأمل . والقهستانى زاد : وذكر فى الخزانة أنهم لو شهدوا بشىء مغيب عن المجلس قبلت وإن أمكن إحضاره ، بخلاف ماقال بعض الجهال إنه لاتقبل اهـ لكنه غريب فليتأمل ويأتى خلافه (قوله وذكر المدعى أنه فى يده) فلو أنكر كونه فى يده فبرهن المدعى أنه كان فى يد المدعى عليه قبل هذا التاريخ بسنة هل يقبل ويجبر بإحضاره .

قال صاحب جامع الفصولين : ينبغى أن يقبل إذا لم يثبت خروجه من يده فتبقى ولا تزول بشك ، وأقره فى البحر ، وجزم به القهستانى . ورده فى نور العين بأن هذا استصحاب ، وهو حجة فى الدفع لافى الإثبات ، ولا شك أن ما ذكر من قبيل الإثبات .

قال صاحب التوضيح : ومن الحجج الفاسدة الاستصحاب ، وهو حجة عند الشافعى فى كل ما يثبت وجوده بدليل ثم وقع الشك فى بقائه . وعندنا حجة للدفع لا للإثبات ، إذ الدليل الموجب لا يدل على البقاء وهذا ظاهر اهـ (قوله بغير حق لاحتمال كونه مرهونا الخ) فإن الشىء قد يكون فى يد غير المالك بحق كالرهن فى يد المرتهن والمبيع فى يد البائع لأجل قبض الثمن . قال صدر الشريعة : هذه علة تشمل العقار أيضا فما وجه تخصيص المنقول بهذا الحكم .

أقول: دراية وجهه موقوفة على مقدمتين مسلمتين .

إحداهما: أن دعوى الأعيان لا تصح إلا على ذى اليد كما قال فى الهداية إنما ينتصب خصما إذا كان فى يده .

بالثمن فى يده (وطلب) المدعى (إحضاره

والثانية : أن الشبهة معتبرة يجب دفعها لا شبهة الشبهة ؛ كما قالوا : إن شبهة الربا ملحقة بالحقيقة لا شبهة الشبهة. إذا عرفتهما فاعلم أن فى ثبوت اليد على العقار شبهة لكونه غير مشاهد ، بخلاف المنقول فإن فيه مشاهدة فوجب دفعها فى دعوى العقار بإثباته بالبينة لتصح الدعوى وبعد ثبوته يكون احتمال كون اليد لغير المالك شبهة الشبهة فلا يعتبر. وأما فى اليد فى المنقول فلكونه مشاهدا لا يحتاج إلى إثباته ، لكن فيه شبهة كون اليد لغير المالك فوجب دفعها لتصح الدعوى اه .

قال المولى عبد الحليم : قد نشأ من كلام صدر الشريعة هذا كلمات للفضلاء المتأخرين وعد كل منهم ماطولوا تحقيقا وما لخصوا تدقيقا ، وقد وقع بينهم تدافع فذياوا كلامهم بالحمد لله على كونهم مهتدين لما منحوا .

أقول : ومن الله التوفيق وبيده أزمة التحقيق والتدقيق : إنه لا خفاء فى أنه لا اختصاص لقوله بغير حق بالمنقول لأن مفاده دفع احتمال كون المدعى مرهونا أو محبوسا بالثمن فى يده ، ففى المنقول : كما احتاج إلى هذا الدفع احتاج فى العقار أيضا . ومن ذلك أن المشايخ صرحوا فى هذا الدفع بأنه وجب أن يقول فى المنقول بغير حق ، وأن يذكر فى العقار أنه يطالبه لأن ظاهر حال الطالب أن لا يطالبه إلا إذا كان له الطلب وذا لايكون إذا كان فى يد غيره بحق ، فطالبته بالعقار تتضمن قوله بغير حق ، ولذلك دفعت هذا الاحتمال كما صرح به فى الهداية. وقد قال ظهير الدين المرغينانى إنه لابد فى دعوى العقار من معرفة القاضى كونه فى يد المدعى عليه ، فيذكر المدعى أنه فى يده اليوم بغير حق كما فى العمادية .

وأيضا لا اختصاص فى المطالبة بالعقار إلا أن وجوبها لما كان بعد إحضار المنقول وتضمنها طلب الإحضار فى الجملة لم يحتاجوا إلى التصريح بها ؛ ولله درهم فى التحقيق والتدقيق .

إذا عرفت هذا ظهر أن إشكال صدر الشريعة ساقط عن أصل وأنه لا فرق بينهما فى الاحتياج إلى هذا الدفع ، نعم وجد الفرق بينهما وهو أن المنقول لما غاب فيه الإعارة والرهن بل البيع وجرى الغصب عليه بالاتفاق دون العقار أوجبوا فى المنقول التصريح بأنه فى يده بغير حق ، واكتفوا فى العقار بتضمن كلامه هذا المعنى.

وأيضا ما ذكره المصنف هنا يصلح أن يكون علة أيضا للزوم التصريح فى المنقول بغير حق وللاكتفاء بتضمن كلامه ذلك فى العقار هذا ، خير الكلام ما قل ودل ، ولا تعجب من تبديل كلمات جم غفير فإنه ثمرة الإنتباه — ولا مبدل لكلمات الله — ولا يشاركها فيه كلمات من سواه يورثه من يشاء — الحمد لله الذى هدانا لهذا وما كنا لنهتدى لولا أن هدانا الله — وهو حسبى ونعم الوكيل (قوله وطلب المدعى إحضاره) هذا إذا لم يكن المدعى عليه مودعا ، فإن ادعى عين وديعة لا يكلف إحضارها بل يكلف التخلية كما تقدم قريبا ، ونقله فى البحر عن جامع الفصولين .

قال فى غاية البيان : ثم إذا حضر ذلك الشىء إلى مجلس القاضى فشهدوا بأنه له ولم يشهدوا بأنه ملكه يجوز لأن اللام للتمليك ، وكذلك إن شهدوا بأن هذا مالك له أو شهدوا على إقرار المدعى عليه بأنه للمدعى وذلك لا إشكال فيه . إنما الإشكال فيما لو ادعى أنه أقر بهذا الشىء ولم يدع بأنه ملكى وأقام الشهود على ذلك هل يقبل وهل يقضى بالملك . منهم من يقول نعم ، فقد ذكرنا أن الشهود لو شهدوا بأن هذا أقر بهذا الشىء له تقبل وإن لم يشهدوا بأنه ملكه وكذلك المدعى ، وأكثرهم على أنه لا تصح الدعوى ما لم يقل أقر به وهو ملكى ، لأن الإقرار خبر والخبر يحتمل الصدق والكذب ، فاذا كان كذبا لا يوجب والمدعي يقول أقر به لى يصير

إن أمكن) فعلى الغريم إحضاره (ليشار إليه فى الدعوى والشهادة) والاستحلاف (وذكر) المدعى (قيمته إن تعذر) إحضار العين بأن كان فى نقلها مؤنة وإن قلت ابن كمال معزيا للخزانة (بهلاكها أو غيبتها)

مدعيا للملك والإقرار غير موجب له فلم توجد دعوى الملك فلهذا شرط قوله وهو ملكى بخلاف الشهادة لأن الثابت بها كالثابت بالمعاينة اه ملخصا (قوله إن أمكن) المراد بالممكن مالا مؤنة فى نقله لامايمكن مطلقا . لئلا يلزم تكليفه الإحضار مع الإمكان ولو فيما له حمل ومؤنة مع أنه لايلزمه أبو السعود . وقيل فى كلام المتون مساهلة لأن فى دعوى عين وديعة لا يكلف إحضارها وإنما يكلف التخلية .

أقول : سوق الكلام على أن المدعى الواجب إحضاره ما يكون فى يد الخصم بغير حق والوديعة ليست كذلك فلا يشملها صدر الكلام حتى يحتاج إلى تدارك إخراجها هنا كما لا يخفى ، اللهم إلا أن يقال بالإنكار لما صارت غصبا فيكلف إحضارها كما قدمناه عند قوله فاوكان ما يدعيه منقولا فتدبر (قوله فعلى الغريم إحضاره) قدره ليفيد وجوبه وهذا إذا لم يكن هالكا ولا غائبا ولا ممتنع الوصول إليه بسبب من الأسباب ولا يحتاج إلى حمل ومؤنة كما يأتى قريبا (قوله ليشار إليه فى الدعوى) بأن يقول هذا ثوبى مثلا . لأن الإعلام بأقصى ما يمكن شرط وذلك بالإشارة فى المنقول لأن النقل ممكن والإشارة أبلغ فى التعريف (قوله والشهادة) بأن يقول الشاهد أشهد أن هذا الثوب لهذا المدعى مثلا (قوله والاستحلاف) بالله العظيم هذا الثوب لى وهو فى يدك بغير حق (قوله بأن كان فى نقلها مؤنة) فيه أن هذا من قبيل الرحى والصبرة فذكره ههنا سهو . قال فى إيضاح الإصلاح : إلا إذا تعسر بأن كان فى نقله مؤنة وإن قلت ذكره فى الخزانة . والأولى فى التركيب أن يقول إن تعذر إحضار العين بهلاكها ، أو غيبتها أو تعسر بأن كان فى نقلها مؤنة أو يقول وهو مقيد بما لاحمل له ولا مؤنة كما فى البحر ، وهذا إذا كانت العين قائمة ، فلو كانت هالكة فهو كدعوى الدين فى الحقيقة كما فى جامع الفتاوى .

قال فى البحر : وتفسير الحمل والمؤنة كونه بحال لايحمل إلى مجلس القاضى إلا بأجرة مجانا ، وقيل مالا يمكن حمله بيد واحدة ، وقيل ما يحتاج فى نقله إلى مؤنة كبر وشعير لا مالا يحتاج فى نقله إلى مؤنة كمسك وزعفران قليل ، وقيل ما اختلف سعره فى البلدان فهو مما له حمل ومؤنة لا ما اتفق اه .

وعبارة ابن الكمال متنا وشرحا : وهى إنما تصح فى الدين بذكر جنسه وقدره . وفى العين المنقول : أى الذى يحتمل النقل بالإشارة إليه ، فعلى الغريم إحضاره مجلس القاضى إلا إذا تعسر بأن كان فى نقله مؤنة وإن قلت ذكره فى الخزانة ، حضر الحاكم عنده أو بعث أمينا اه فتأمله ، وتأمل هذا الشارح فإنه ظاهر فى أنه إذا كان فى النقل مؤنة يكتفى بذكر القيمة مع أن المصرح به أنه فى صورة التعسر يحضره الحاكم أو يبعث أمينه ليشير إليها كما سيجىء قريبا ، وذكر القيمة إنما هو فى المتعذر إحضاره حقيقة بأن يكون هالكا أو حكما بأن يكون غائبا ، وإن لم يكن بهذه المثابة بأن كان متعسر الإحضار مع بقائه كالرحى وصبرة الطعام وقطيع الغنم أرسل القاضى أمينه أو أحضره بنفسه فكان عليه أن يذكرها بعد قوله فيما سيأتى وإن تعذر إحضارها . وكان الأولى للماتن أن يقول وإن تعسر بدل تعذر لأن الرحى وصبرة الطعام من قبيل المتعسر كما هو المصرح به فى غير كتاب فتأمل ، لكن الذى عليه المجلة بموجب الأمر الشريف السلطانى أن المنقول متى احتاج إحضاره لمصرف ولايمكن إلا بذلك فيكتفى فيه التعريف وذكر القيمة كما فى مادة ١٦٢٠ ومادة ١٦٢١ (قوله أو غيبتها) أى بحيث لايمكن إحضارها ولا حضور القاضى بنفسه أو أمينه لبعد مسافة أو مانع آخر فيكون ذلك بمنزلة الهلاك فقد تعذر

لأنه مثله معنى (وإن تعذر) إحضارها (مع بقائها كرحى وصبرة طعام) وقطيع غنم (بعث القاضى أمينه) ليشار إليها (وإلا) تكن باقية (اكتفى) فى الدعوى (بذكر القيمة)

إحضارها حقيقة فى الهلاك وحكما فى الغيبة فيكتفى بذكر قيمتها ولذا قال قاضيخان بأن لا يدرى مكانها (قوله لأنه) أى المذكور وهو القيمة . وهذا مما يزيد العبارة غموضا لاحتياجه إلى التأويل وكأنه تحريف من الناسخ . والأولى أن يقال لأنها أى القيمة مثلها أى مثل العين كما فى شرحه على الملتقى (قوله مثله) أى مثل ما يدعيه ، وهو علة لقوله وذكر قيمته عند تعذر إحضار العين فكأنه قال لأن ذكر القيمة مثل إحضار العين لأن المقصود من المدعى ماليته والقيمة تماثله فى المالية فصح تذكير الضميرين ، وقد قالوا قيمة القيمى كعينه (قوله وإن تعذر) المراد بالتعذر هنا التعسر (قوله مع بقائها) أى والحال أن القاضى يمكنه أن يحضرها بنفسه أو أمينه لتفترق عما قدمه من قوله أو غيبتها (قوله بعث القاضى الخ) لأن أمينه يقوم مقام نفسه ، فلو ذهب بنفسه لكان هو الأصل فلا شبهة فى صحته . ومثله ما ذكره ابن الكمال حيث قال فعلى الغريم إحضاره إلا إذا تعسر ، بأن كان فى نقله مؤنة وإن قلت ذكره فى الخزانة حضر القاضى عنده أو بعث أمينا اه وهى التى قدمها الشارح ، وقدمنا أنه ذكرها فى غير محلها لأنه جعلها مثالا لما تعذر نقله وأنه يكتفى فيه بذكر القيمة والحال أنه مما تعسر لا مما تعذر وأن الحكم فيه أن الحاكم يحضر عنده أو يبعث أمينا ولا يكتفى فيه بذكر القيمة كما تفيده عبارة ابن الكمال التى نقل الشارح عنه تأمل .

قال شمس الأئمة الحلوانى : من المنقولات ما لا يمكن إحضاره عند القاضى كالصبرة من الطعام والقطيع من الغنم . فالقاضى فيه بالخيار : إن شاء حضر ذلك الموضع لو تيسر له ذلك ، وإن لم يتيسر له الحضور وكان مأذونا بالاستخلاف بعث خليفته إلى ذلك ، وهو نظير ما إذا كان القاضى يجلس فى داره ووقع الدعوى فى جمل لا يسع باب داره فإنه يخرج إلى باب داره أو يأمر نائبه حتى يخرج ليشير إليــه الشهود بحضرته ، وتمامه فى الدرر .

قال فى البحر : وفى الدابة يخير القاضى . إن شاء خرج إليها ، وإن شاء بعث إليها من يسمع الدعوى والشهادة بحضرتها كما فى جامع الفصولين اه لكن قال فى غاية البيان ، فإن كانت دابة ولا يقع بصر القاضى عليها ولا تتأتى الإشارة من الشهود والمدعى وهو على باب المسجد يأمر بإدخالها فإنه جائز عند الحاجة . ألا ترى « أنه عليه الصلاة والسلام طاف بالبيت على ناقته » مع أن حرمة المسجد الحرام فوق حرمة سائر المساجد . وإن كان يقع بصر القاضى عليها فلا يدخلها لأنه لا يأمن ما يكون منها والحاجة منعدمة اه (قوله وإلا تكن باقية الخ) هذا تكرار مع قوله وذكر قيمته إن تعذر .

والحاصل : أن المدعى به إن أمكن إحضار عينه ، ولم يكن له حمل ومؤنة كلف المدعى عليه إحضاره ، وإن لم يمكن بأن تعذر لهلاك العين أو غيبتها . أو تعسر بأن كان فى نقلها مؤنة ذكر المدعى القيمة ، وإن لم تكن هالكة ولا غائبة ولا يمكن إحضارها إلى مجلس القاضى لتعذره كبستان ورحى أو تعسره كصبرة وقطيع غنم خير الحاكم إن شاء حضر بنفسه لأنه الأصل أو بعث أمينه ولا تنس ما قدمناه قريبا عن الجلة من أنه إذا لم يمكن إحضار المنقول إلا بمصرف يكفى تعريفه وذكر قيمته (قوله بذكر القيمة) لأن عين المدعى تعذر مشاهدتها ولا يمكن معرفتها بالوصف . فاشترط بيان القيمة لأنها شىء تعرف العين الهالكة به غاية البيان ، وفى شرح ابن الكمال : ولا عبرة فى ذلك للتوصيف لأنه لا يجدى بدون ذكر القيمة وعند ذكرها لا حاجة إليه أشير

وقالوا لو ادعى أنه غصب منه عين كذا ولم يذكر قيمتها تسمع فيحلف خصمه أو يجبر على البيان درر وابن ملك ولهذا لو (ادعى أعيانا مختلفة الجنس والنوع والصفة وذكر قيمة الكل جملة كفى ذلك) الإجمال على الصحيح وتقبل بينته أو يحلف خصمه على الكل مرة (وإن لم يذكر قيمة كل عين على حدة) لأنه لما صح دعوى الغصب بلا بيان فلأن يصح إذا بين قيمة الكل جملة بالأولى ،

إلى ذلك فى الهداية اه . وفى قوله : وذكر قيمته إن تعذر إشارة إلى أنه لا يشترط ذكر اللون فى الذكورة والأنوثة والسن فى الدابة ، وفيه خلاف كما فى العمادية . وقال السيد أبو القاسم : إن هذه التعريفات للمدعى لازمة إذا أراد أخذ عينه أو مثله فى المثلى ، أما إذا أراد أخذ قيمته فى القيمى ، فيجب أن يكتفى بذكر القيمة كما فى محاضر الخزانة اه .

[فرع] : وصف المدعى المدعى فلما حضر خالف فى البعض إن ترك الدعوى الأولى وادعى الحاضر تسمع لأنها دعوى مبتدأة وإلا فلا بحر عن البزازية (قوله وقالوا لو ادعى أنه غصب منه عين كذا الخ) قال فى البحر : وأطلق فى بيان وجوب القيمة عند التعذر واستثنوا منه دعوى الغصب والرهن ففى جامع الفصولين : لو ادعى عينا غائبا لا يعرف مكانه بأن ادعى أنه غصب منه ثوبا أو قنا ولا يدرى قيامه وهلاكه ، فلو بين الجنس والصفة والقيمة تقبل دعواه ، وإن لم يبين قيمته أشار فى عامة الكتب إلى أنها تقبل ؛ فإنه ذكر فى كتاب الرهن لو ادعى أنه رهن عنده ثوبا ، وهو ينكر تسمع دعواه . وذكر فى كتاب الغصب : ادعى أنه غصب منه أمة وبرهن تسمع وبعض مشايخنا قالوا إنما تسمع دعواه إذا ذكر القيمة وهذا تأويل ما ذكر فى الكتاب أن الشهود شهدوا على إقرار المدعى عليه بالغصب ، فيثبت غصب القن بإقراره فى حق الحبس والحكم جميعا ، وعامة المشايخ على أن هذه الدعوى والبينة تقبل ، ولكن فى حق الحبس وإطلاق محمد فى الكتاب يدل عليه . ومعنى الحبس : أن يحبسه حتى يحضره ليعيد البينة على عينه فلو قال : لا أقدر عليه حبس قدر ما لو قدر أحضره ثم يقضى عليه بقيمته اه . ولم يبين الحكم فيما إذا لم يدر قيمتها أيضا قال فى الدرر : قال فى الكافى : وإن لم يبين القيمة وقال غصبت منى عين كذا ، ولا أدرى أهو هالك أو قائم ولا أدرى كم كانت قيمته ذكر فى عامة الكتب أنه تسمع دعواه لأن الإنسان ربما لا يعلم قيمة ماله فلو كلف بيان القيمة لتضرر به .

أقول : فائدة صحة الدعوى مع هذه الجهالة الفاحشة توجه اليمين على الخصم إذا أنكر والجبر على البيان إذا أقر أو نكل عن اليمين فليتأمل . فإن كلام الكافى لا يكون كافيا إلا بهذا التحقيق اه وقوله فائدتها توجه اليمين : أى حيث لا بينة وإلا ففائدتها الحبس كما علمت وقوله : ذكر فى عامة الكتب أنه تسمع دعواه وعامة المشايخ على أن هذه الدعوى والبينة تقبل ولكن فى حق الحبس لا الحكم وقدر الحبس بشهرين كما فى الخانية .

والحاصل : أنه فى دعوى الرهن والغصب لا يشترط بيان الجنس والقيمة فى صحة الدعوى والشهادة ، ويكون القول فى القيمة للغاصب والمرتهن بحر أى مع اليمين كما هو الظاهر . قلت : وزاد فى المعراج دعوى الوصية والإقرار قال فإن فيهما يصحان بالمجهول وتصح دعوى الإبراء المجهول بلا خلاف اه فهى خمسة (قوله ولهذا) أى لسماع الدعوى فى الغصب وإن لم يذكر القيمة (قوله مختلفة الجنس والنوع) كثياب ودواب فإن تحتها أنواعا (قوله كفى ذلك الإجمال) أى ولا يشترط التفصيل هندية (قوله على الصحيح) كما فى خزانة المفتين وقاضيخان هندية (قوله وتقبل بينته) أى على القيمة (قوله أو يحلف) أى عند عدم البرهان (قوله على الكل مرة) أى ولا يحتاج أن يحلفه على كل واحد بخصوصه ، خلافا لمن اختار ذلك راجع ما هو الصواب فى ذلك (قوله لأنه) علة للعلة

وقيل فى دعوى السرقة يشترط ذكر القيمة ليعلم كونهما نصابا فأما فى غيرها فلايشترط عمادية وهذا كله فى دعوى العين لاالدين فلو (ادعى قيمة شىء مستهلك اشترط بيان جنسه ونوعه) فى الدعوى والشهادة ليعلم القاضى بماذا يقضى

(قوله وقيل فى دعوى السرقة) حكاه بقيل لأن ثبوت حق الاسترداد أو تضمين القيمة لايتوقف على ذلك ، بل يتوقف عليه لزوم القطع مع البينة من المدعى أو الإقرار من السارق وهذا مقابل لقول المصنف فيما تقدم ، وذكر قيمته إن تعذر :

قال فى البحر : وإنما يشترط ذكر القيمة فى الدعوى إذا كانت دعوى سرقة ليعلم أنها نصاب أولا فأما فيما سوى ذلك فلا حاجة إلى بيانها اه وعليه فكان الأولى ذكره هناك .

قال فى النهر : ينبغى أن يكون المعنى أنه إذا كانت العين حاضرة لايشترط ذكر قيمتها إلا فى دعوى السرقة أى السرقة فلا يشترط أى ذكر القيمة (قوله وهذا كله) أى المذكور من الشروط المذكورة من الاكتفاء بذكر القيمة (قوله فى دعوى العين) أى الشىء المتعين المخصوص المملوك للمدعى على زعمه كالمغصوب والوديعة (قوله لاالدين) أى الحق الثابت فى الذمة وسيأتى دعوى الدين فى المتن (قوله فلو ادعى الخ) هو تمثيل للدين لأن القيمة لازمة ذمة المدعى عليه فى زعم المدعى اه رحمتى لكن قال بعض الأفاضل : هو تفريع على كون الشروط المارة إنما هى فى دعوى العين وأما الدين فسيأتى بأقسامه تأمل (قوله بيان جنسه) أى جنس القيمة وكذا كل دين يدعى وجنسه كالذهب مثلا أو الفضة أو النحاس وكذا كل مكيل أو موزون يمكن ثبوته فى الذمة يبين جنسه ماهو فلا يكفى ذكر الفرش والخرف فى المدينة . لأنه كالعنقاء معلوم الاسم مجهول الجنس والنوع (قوله ونوعه) فنى الذهب يبين أنه من نوع كذا وكذا فى الفضة وكذا فى البر بأن يقول : حورانية أو بلدية أو جيدورية أو سلمونية قال ط : فيه أنه عند دعواه العين لايكفى ادعاء عين مجهولة . بل لابد من بيان جنسها ونوعها ثم يذكر القيمة فالقيمة إنما أغنت عن الحضور فحينئذ لابد من ذكر الجنس والنوع فى كل فليتأمل . ولذا قالوا فى التعليل لذكر القيمة لأن الأعيان تتفاوت . والشرط أن يكون فى معلوم . وقد تعذر مشاهدته لأنها خلف عنه . وفى الذخيرة إن كان العين غائبا وادعى أنه فى يد المدعى عليه فأنكر إن بين المدعى قيمته وصفته تسمع دعواه وتقبل بينته اه (قوله ليعلم القاضى بماذا يقضى) قال فى الذخيرة مثلا : او كان المدعى مكيلا لابد من بيان جنسه بأنه حنطة أوشعير ونوعه بأنها سقية أو برية . وصفتها بأنها جيدة أو رديئة وقدره بأن يقول كذا قفيزا وسبب وجوبها ذكره ابن ملك .

أقول : لى شبهة فى هذا المحل : وهى أنه لو ادعى أعيانا مختلفة فقد مر أنه يكتفى بذكر القيمة للكل جملة ، وذكر فى الفصولين أنه لو ادعى أن الأعيان قائمة بيده يؤمر باحضارها فتقبل البينة بحضرتها . ولو قال إنها هالكة وبين قيمة الكل جملة تسمع دعواه . فظهر أن ماقدمه المصنف فى دعوى الأعيان إنما هو إذا كانت هالكة وإلا لم يحتج إلى ذكر القيمة لأنه مأمور باحضارها وقدمنا عن ابن الكمال أن العين إذا تعذر إحضارها بهلاك ، ونحوه فذكر القيمة مغن عن التوصيف وهو موافق لما ذكره المصنف فى الأعيان من الاكتفاء بذكر القيمة ، فقوله هنا : اشترط بيان جنسه ونوعه مشكل . وإن قلنا إنه لابد مع ذكر القيمة من بيان التوصيف ، لم يظهر فرق بين دعوى القيمة . ودعوى نفس العين الهالكة فما معنى قوله : تبعا للبحر فيما تقدم وهذا كله فى دعوى العين لاالدين فليتأمل . وفى البحر عن السراجية : ادعى ثمن محدود لم يشترط بيان حدوده اه .

قال فى الهندية : إذا ادعى على آخر ثمن مبيع مقبوض ولم يبين المبيع أو محدود ولم يحدده يجوز وهو الأصح

(واختلف فى بيان الذكورة والأنوثة فى الدابة) فشرطه أبو الليث أيضا واختاره فى الاختيار وشرط الشهيد بيان السن أيضا وتمامه فى العمادية (وفى دعوى الإيداع لابد من بيان مكانه) أى مكان الإيداع (سواء كان له حمل أولا وفى الغصب أن له حمل ومؤنة فلابد) لصحة الدعوى (من بيانه وإلا) حمل له (لا) وفى غصب

وكذا فى دعوى مال الإجارة المفسوخة لايشترط تحديد المستأجر اه (قوله واختلف فى بيان الذكورة والأنوثة فى الدابة) أى المستهلكة أما القائمة فهى حاضرة فى المجلس مشار إليها وإذا كان هذا فى الدابة ففى الرقيق أولى (قوله فشرطه أبو الليث أيضا) أى كما شرط بيان القيمة (قوله وشرط الشهيد بيان السن أيضا) أى كما يشترط بيان القيمة والذكورة أو الأنوثة قال فى المنح : وذكر الصدر الشهيد إذا ادعى قيمة دابة مستهلكة لابد من ذكر الذكورة أو الأنوثة ، ولابد من بيان السن وهذا على أصل أبى حنيفة رحمه الله تعالى مستقيم ، لأن عنده القضاء بقيمة المستهلك بناء على القضاء بملك المستهلك ، لأن حق المالك عنده باق فى العين المستهلكه فإنه قال يصح الصلح عن العين المغصوب المستهلك على أكثر من قيمته ، فلو لم يكن العين المستهلك ملكا لايجوز الصلح على أكثر من قيمته ، لأنه حينئذ يكون الواجب فى ذمة المستهلك قيمة المغصوب ، وهو دين فى الذمة وإن صالح من الدين على أكثر من قيمته ، لايجوز وإذا كان القضاء بالقيمة بناء على القضاء بملك المستهلك لابد من بيان المستهلك فى الدعوى والشهادة ليعلم القاضى بماذا يقضى وهذا القائل يقول مع ذكر الأنوثة والذكورة لابد من ذكر النوع بأن يقول : فرس أو حمار أو ماأشبه ذلك ، ولا يكتفى بذكر اسم الدابة لأنها مجهولة اه .

قال فى الفصول العمادية : ولا يشترط ذكر اللون والشية فى دعوى الدابة ، حتى لو ادعى أنه غصب منه حمارا وذكر شيته ، وأقام البينة على وفق دعواه فأحضر المدعى عليه حمارا فقال المدعى : هذا الذى ادعيته وزعم الشهود كذلك أيضا فنظروا ، فإذا بعض شياته على خلاف ماقالوا ، بأن ذكر الشهود بأنه مشقوق الأذن وهذا الحمار غير مشقوق الأذن قالوا لايمنع هذا القضاء للمدعى ولا يكون هذا خللا فى شهادتهم اه .

قال فى الهندية : ادعى على آخر ألف دينار بسبب الاستهلاك أعيانا لابد وأن يبين قيمتهافى موضع الإستهلاك وكذا لابد وأن يبين الأعيان فإن منها مايكون مثليا ومنها مايكون من ذوات القيم اه وفيها وفى دعوى خرق الثوب ، وجرح الدابة لايشترط إحضار الثوب والدابة لأن المدعى به فى الحقيقة الجزء الفائت من الثوب والدابة كذا فى الخلاصة .

إذا ادعى جوهرا لابدمن ذكر الوزن إذا كان غائبا وكان المدعى عليه منكرا كون ذلك فى يده كذافى السراجية وفى اللؤلؤ يذكر درره وضوءه ووزنه كذا فى خزانة المفتين اه (قوله سواء كان له حمل أولا) لأن المودع عليه أن يخلى بينه ، وبين الوديعة وليس عليه أن ينقلها إليه مطلقا لأنه محسن وما على المحسنين من سبيل ، فلابد من بيان مكان الإيداع حتى يلزمه تسليمها فيه دفعا للضرر عنه لافرق بين ماله حمل أولا .

وفى فتاوى رشيد الدين : ينبغى أن تكون لفظة الدعوى فى دعوى الوديعة أن لى عنده كذا قيمته كذا فأمره بحضره لأقيم عليه البينة على أنه ملكى إن كان منكرا وإن كان مقرا فأمره بالتخلية حتى أرفع ولا يقول فأمره بالرد كذا فى الفصول العمادية (قوله من بيانه) أى بيان موضع الغصب لأنه يلزمه تسليم ماغصبه منه غير أنه إذا كان له حمل ومؤنة لايلزمه بنقله لأنه لايكلف فوق جنايته فيشترط حينئذ محل بيان الغصب (قوله وإلا حمل له لا) أى وإن لم يكن له حمل ومؤنة لايلزم بيان المكان وما فسرنا به هو الموافق للقواعد . قال المصنف فى الغصب : ويجب رد عين المغصوب فى مكان غصبه قال المؤلف لتفاوت القيم باختلاف الأماكن اه ومقتضاه أن يجب بيان

المكان مطلقا إلا أن هذا فى الهالك وكلام المصنف فى القائم .

قال فى نور العين : وفى غصب غير المثلى وإهلاكه ينبغى أن يبين قيمته يوم غصبه فى ظاهر الرواية وفى رواية يتخير المالك أخذ قيمته يوم غصبه أو يوم هلاكه فلابد من بيان أنها قيمة أى اليومين انتهى، وإن كان المدعى به هالكا لاتصح الدعوى إلا ببيان جنسه وسنه وصفته وحليته وقيمته لأنه لايصير معلوما إلا بذكر هذه الأشياء، وشرط الخصاف : بيان القيمة وبعض القضاة لايشترطون بيان القيمة كذا فى محيط السرخسى اه .

والحاصل : أنه يجب بيان مكان الإيداع مطلقا لأن الرد غير واجب على المودع وليس مؤنته عليه بل على المالك والواجب عليه تسليمها له بمعنى عدم المنع فلو لم يبين المكان ربما لحق المودع ضرر، وهو مرفوع بخلاف الغصب فإن رد العين المغصوبة فى مكان غصبه واجب على الغاصب فلابد من بيانه إن كان للمغصوب حمل ومؤنة لاختلاف القيمى باختلاف الأماكن بخلاف مالا حمل له ولا مؤنة (قوله يوم غصبه على الظاهر) بصيغة الفعل والمصدر وظاهره جريان خلاف وسيأتى فى الغصب مانصه وتجب القيمة فى القيمى يوم غصبه إجماعا اه ط وفى رواية يخير كما مر قريبا عن نور العين .

[تتمة] قال فى الهندية : ودعوى الجمد حال انقطاعه لاتصح وإن كان من ذوات الأمثال لعدم وجوب رد مثله لانقطاعه فله أن يطالبه بقيمته يوم الخصومة كذا فى الوجيز للكردرى، وفى دعوى الرهن وأشباهه إن كانت الدعوى بسبب البيع يحتاج إلى الاحضار للإشارة إليه، وإن كانت بسبب الاستهلاك أو بسبب القرض أو بسبب الثمنية لايحتاج إلى الاحضار كذا فى خزانة المفتين اه (قوله ويشترط التحديد فى دعوى العقار) لأنه تعذر التعريف بالإشارة لتعذر النقل فصير إلى التحديد فى الدعوى والشهادة ، وجمعه عقارات. قال فى المغرب العقار الضيعة وقيل كل ماله أصل كالدار والضيعة اه وقد صرح مشايخنا فى كتاب الشفعة : بأن البناء والنخل من المنقولات وأنه لاشفعة فيهما إذا بيعا بلاعرصة فإن بيعا معها وجبت تبعا، وقد غلط بعض العصريين فجعل النخيل من العقار ونبه فلم يرجع كعادته بحر.

وذكر بعده على قول الكنز وقيل لخصمه : أعطه كفيلا الخ عن الفتاوى الصغرى : لو طلب المدعى من القاضى وضع المنقول على يد عدل ، فإن كان المدعى عليه عدلا لايجيبه وإن فاسقا أجابه وفى العقار : لايجيبه إلا فى الشجر الذى عليه الثمر لأن الثمر نقلى اه .

قال المؤلف هناك : وظاهره أن الشجر من العقار وقدمنا خلافه وفى حاشية أبى السعود هناك أقول : نقل الحموى عن المقدسى التصريح بأن الشجر عقار اه .

قلت : ويؤيده كلام المصباح لأنه إذا قيل إنه عقار يبتنى عليه وجوب التحديد فى الدعوى والشهادة وكيف يمكن ذلك فى شجرة ببستان بين أشجار كثيرة ؛ وفى حاشية أبى السعود وقوله لاشفعة فيها الخ يحمل على ما إذا لم تكن الأرض محتكرة وإلا فالبناء بالأرض المحتكرة تثبت فيه الشفعة لأنه لما له من حق القرار التحق بالعقار كما سيأتى فى الشفعة اه

أقول : لكن الذى اعتمده الشارح فى بابها عدم ثبوت الشفعة فيه بقوله : وأما ماجزم به ابن الكمال من أن البناء إذا بيع مع حق القرار يلتحق بالعقار فرده شيخنا الرملى، وأفتى بعدمها تبعا للبزازية وغيرها فليحفظ اه وأقره سيدى الوالد رحمه الله تعالى وبالغ فى الرد على استدلال أبى السعود فراجعه ثمة .

قال فى جامع الفصولين : قال جماعة من أهل الشروط : ينبغى أن يذكر فى الحدود دار فلان ولا يذكر لزيق دار فلان وعندهما كلاهما سواء طحم : يكتب فى الحد ينتهى إلى كذا ويلاصق كذا أو لزيق كذا ولا يكتب أحد

. . . .

حدوده كذا وقد قال ح لو كتب أحد حدوده دجلة أو الطريق أو المسجد فالبيع جائز ولا تدخل الحدود فى البيع إذ قصد الناس بها إظهار مايقع عليه البيع لكن س قال البيع فاسد إذ الحدود فيه تدخل فى البيع ،. فاخترنا ينتهى أو لزيق أو يلاصق تحرزا عن الخلاف ولأن الدار على قول من يقول يدخل الحد فى البيع فى الموضع الذى ينتهى إليه فأما ذلك الموضع المنتهى إليه ، فقد جعل حدا وهو داخل فى البيع وعلى قول من يقول : لايدخل الحد فى البيع فالمنتهى إلى الدار لايدخل تحت البيع ، ولكن عند ذكر قولنا بحدوده يدخل فى البيع وفاقا قالوا والصحيح مع الجواب أن يقال : لو ذكر فى الحد لزيق أو ينتهى أو نحوه تصح الشهادة ولو ذكر دار فلان أو طريق أو مسجد لاتصح الشهادة ط . والشهادة كالدعوى فيما مر من الأحكام .

فش : كتب فى الحد لزيق الزقيقة أو الزقاق وإليها المدخل أو الباب لايكفى لكثرة الأزقة فلابد أن ينسبها إلى ماتعرف به ولو كانت لاتنسب إلى شىء يقول زقيقة بها أى بالمحلة أو القرية أو الناحية ليقع به نوع معرفة .

أقول : دل هذا على أنه لايكفى ذكر الثلاثة ويحتمل أن يكون غرضه من قوله : لايكفى فلابد الخ أنه فى بيان الرابع لابد منه كذا وهذا لايدل على أن بيان الرابع لابد منه إذ بين قولنا بيان الرابع لابد منه وبين قولنا الرابع لايبين إلا بكذا فرق بين فلا دلالة حينئذ والله أعلم بغرضه .

وأقول : أيضا بالحدود الثلاثة تتميز تلك الزقيقة من سائر الأزقة فلا تضر الكثرة وأيضا فى قوله بها أى بالمحلة الخ نظر إذ المعرفة الحاصلة بذكر المحلة أو القرية تحصل بدون ذكرها إذ من المعلوم أن الزقيقة لاتكون إلا بالمحلة أو القرية فذكرها وعدمه سواء لكن يمنع أن الزقيقة لاتكون إلا بالمحلة أو القرية لجواز أن يكون مقابلها أو بقربها أو نحو ذلك فقط .

لو كان الحد الرابع ملك رجلين لكل منهما أرض على حدة فذكر فى الحد الرابع لزيق ملك فلان ولم يذكر الآخر يصح وكذا لو كان الرابع لزيق أرض أو مسجد فذكر الأرض لا المسجد يجوز ، وقيل الصحيح : أنه لا يصح الفصلان إذا جعل الحد الرابع كله لزيق ملك فلان فإذا لم يكن كله ملك فلان فدعواه لم تتناول هذا المحدود فلا يصح كما لو غلط فى أحد الأربعة بخلاف سكوته عن الرابع :

فش : لو كان المدعى أرضا وذكروا أن الفاصل شجرة لايكفى إذ الشجرة لاتحيط بكل المدعى به والفاصل يجب أن يكون محيطا بكل المدعى به حتى يصير معلوما .

فش : الشجرة والمسناة تصلح فاصلا .

والحاصل : أن الشجرة تصلح فاصلا إذا أحاطت وإلا لا .

أقول : ومثل الشجرة البئر وعين الماء عدة .

المقبرة لو كانت ربوة تصلح حدا وإلا فلا أى بأن كانت تلا ط لو ذكر فى الحد لزيق أرض الوقف لايكفى وينبغى أن يذكر أنها وقف على الفقراء أو على مسجد كذا ونحوه أو فى يد من أو ذكر الواقف .

أقول : ينبغى أن يكون هذا ومايتلوه من جنسه على تقدير عدم المعرفة إلا به وإلا فهو تضييق بلاضرورة .

جف : ذكر اسم جد المالك للحد شرط وكذا ذكر جد الواقف لو كان الحد وقفا إلا إذا كان مشهورا معروفا لا يلتبس به غيره .

طذ : لو ذكر لزيق ملك ورثة فلان لا يكفى إذ الورثة مجهولون منهم ذو فرض وعصبة وذو رحم فجهلت جهالة فاحشة ألا يرى أن الشهادة بأن هذا وارث فلان لا تقبل لجهالة فى الوارث .

كما) يشترط (فى الشهادة عليه واو) كان العقار (مشهورا) خلافا لهما (إلا إذا عرف الشهود الدار بعينها فلا يحتاج إلى ذكر حدودها) كما لو ادعى ثمن العقار لأنه دعوى الدين حقيقة بحر (ولابد من ذكر بلدة بها الدار ثم المحلة ثم السكة)

فش : لو ذكر لزيق دار ورثة فلان لا يحصل التعريف بذكر الاسم والنسب وقيل : يصح ذكره حدا لأنه من أسباب التعريف عدة .

لو كتب لزيق أرض ورثة فلان قبل القسمة قيل يصح وقيل لا . ش : كتب لزيق دار من تركة فلان يصح حدا كتب لزيق أرض مبان وهى لا تكفى كذا ذكره الشارح وقال : لأن أرض مبان وهى قد تكون للغائب، وقد تكون أرضا تركه مالكه على أهل القرية بالخراج وقد تكون أرضا تركت لرعى دواب القرية من وقت الفتح فهى مبان فبهذا القدر ما يحصل التعريف .

أقول : فيه نظر لأن أرض مبان وهو لو كان معروفا فى نفسه ينبغى أن يحصل به التعريف والجهالة فى مالكه وفى جهة تركه لا يضر التعريف .

ط : لو جعل الحد طريق العامة لايشترط فيه ذكر أنه طريق القرية أو البلدة لأن ذكر الحد لاعلام ماينتهى إليه المحدود ، وقد حصل العلم حيث انتهى إلى الطريق .

ط : الطريق يصلح حدا ولاحاجة فيه إلى بيان طوله وعرضه إلا على قول شح فإنه قال تبين الطريق بالذراع والنهر لا يصلح حدا عند البعض وكذا السور ، وهو رواية عن ح وظاهر المذهب أنه يصلح حدية والخندق كنهر فإنه يصلح حدا عندهما واختار مز قولهما ولا عبرة لمن قال إن النهر يزيد وينقص وإن السور يخرب ، وإن الطريق يترك السلوك فيه لأن تبدل دار فلان أسرع من تبدل السور ونحوه فينبغى أن يكون ذلك أولى : أى بصلاحيتها حدا .

ذ : ولو حد بأنه لزيق أرض فلان ولفلان فى هذه القرية التى فيها المدعاة أراض كثيرة متفرقة مختلفة تصح الدعوى والشهادة اه بزيادة وبعض تغيير (قوله كما يشترط فى الشهادة عليه) لأنه بها يصير معلوما عند القاضى (قوله ولو كان العقار مشهورا) لأنه يعرف به مع تعذر الإشارة إليه وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى وهو الصحيح كذا فى الهندية عن السراج الوهاج لأن قدرها لا يصير معلوما إلا بالتحديد درر (قوله خلافا لهما) أى فإن عندهما إذا كان العقار مشهورا شهرة الرجل فلا يحتاج إلى تحديده (قوله إلا إذا عرف) بتشديد الراء الشهود الدار بعينها أى بأن أشاروا إليها حاضرة وقالوا نشهد أن هذه الدار لفلان فافهم (قوله فلا يحتاج إلى ذكر حدودها) قال شمس الأئمة السرخسى يشترط فى شراء القرية الخالصة أن يذكر حدود المستثنيات من المساجد والمقابر والحياض للعامة ونحوها ، وأن يذكر مقاديرها طولا وعرضا ، وكان يرد المحاضر والسجلات والصكوك التى فيها استثناء هذه الأشياء مطلقة بلا تحديد ولا تقرير وكان أبو شجاع لايشترط ذلك قال فى البحر : ومايكتبون فى زماننا وقد عرف المتعاقدان جميع ذلك وأحاطا به علما فقد استرذله بعض مشايخنا وهو المختار إذ البيع لا يصير به معلوما للقاضى عند الشهادة فلابد من التعيين اه أى بذكر حدوده أو بالإشارة إليه فى محله (قوله كما لو ادعى ثمن العقار الخ) ظاهره ولو غير مقبوض وفى جامع الفصولين لو ادعى ثمن مبيع لم يقبض لابد من إحضار المبيع مجلس الحكم حتى يثبت البيع عند القاضى بخلاف لو ادعى ثمن مبيع قبض فإنه لا يجب إحضاره لأنه دعوى الدين حقيقة اه . ومقتضاه أن يفصل فى العقار وذكر حدوده تقام مقام إحضاره (قوله ولابد من ذكر بلدة بها الدار) ذكر شيخ الإسلام الفقيه أحمد أبو النصر محمد السمرقندى فى شروطه ، وفى دعوى العقار لابد أن يذكر بلدة فيها الدار ، ثم المحلة ثم السكة فيبدأ أولا بذكر الكورة ثم المحلة اختيارا

فيبدأ بالأعم ثم الأخص فالأخص كما فى النسب (ويكتفى بذكر ثلاثة) فلو ترك الرابع صح وإن ذكره وغلط فيه لا ملتقى لأن المدعى يختلف به

لقول محمد فإن مذهبه أن يبدأ بالأعم ثم بالأخص وقيل يبدأ بالأخص ثم بالأعم فيقول دار فى سكة كذا فى محلة كذا وقاسه(١) على النسب حيث يقال فلان ثم يقال ابن فلان ثم يذكر الجد بما هو أقرب فيترقى إلى الأبعد ، وقول محمد أحسن إذ العام يعرف بالخاص ، لا بالعكس وفصل النسب حجة عليه (٢)إذ الأعم اسمه فإن أحمد فى الدنيا كثير فإن عرف وإلا ترقى إلى الجد كذا فى جامع الفصولين برمز والذى فى شرح أدب القاضى يجب على المدعى وعلى الشهود الإعلام بأقصى ما يمكن ، وهو فى الدار بالبلدة ثم المحلة التى فيها الدار فى تلك البلدة ثم يبين حدود الدار لأن أقصى مايمكن فى التعريف هذا اه والشارح تبع مافى جامع الفصولين قال ط : والذى يظهر الأول اه تأمل وذكر بعض الأفاضل على هامش الدر قوله : ولابد من ذكر بلدة بها الدار الخ وقال بعضهم : لايلزم وذكر المرغينانى أنه لو سمع قاض(٣) تصح هذه الدعوى وقال القهستانى ويشترط تحديد الدار بما لايتغير كالدور والأراضى والسور والطريق فخرج النهر لأنه يزيد وينقص ويعمر ولو لم تحد وقضى بصحة ذلك نفذ اه .

أقول : لكن قد علمت مما قدمناه قريبا عن الفصولين أنه لاعبرة لمن قال إن النهر يزيد وينقص الخ فلاتنسه.

وأقول : لكن المشاهد فى ديارنا دمشق الشام ، وبعض أنهارها فى بعض المحلات كنهر بردى فإنه كثيرا ما يترك أرضه ، ويمشى فى أرض أخرى مملوكة للغير ، ويمر على ذلك أعوام كثيرة بسبب انحدار الماء إلى تلك الأرض ويسفلها ويجعلها له طريقا آخر فتتغير الحدود ، وتصير نسيا منسيا وعليه فالنهر لا يصلح أن يكون حدا إلا إذا كان جريانه فى أرض لا يمكن للماء نحرها وتغيير محله بأن كانت حافتاه مبنيتين بالآجر والأحجار والمؤنة أو كان جريانه فى أرض منقوبة من صخر أو نحو ذلك والله تعالى أعلم (قوله كما فى النسب) أى إذا ادعى على رجل اسمه جعفر مثلا فإن عرف وإلا ترقى إلى الأخص فيقول ابن محمد فإن عرف وإلا ترقى إلى الجد (قوله ويكتفى بذكر ثلاثة) لأن للأكثر حكم الكل زيلعى فيجعل الرابع بإزاء الثالث حتى ينتهى إلى مبدأ الجد الأول فصولين.

وفى الحموى : وقال زفر : لابد من ذكر الحدود الأربعة لأن التعريف لا يتم إلا بها ولنا أن للأكثر حكم الكل على أن الطول يعرف بذكر الحدين والعرض بأحدهما وقد يكون بثلاثة روى عن أبى يوسف يكفى الإثنان وقيل الواحد والفتوى على قول زفر ولذا لو قال غلطت فى الرابع لايقبل ، وبه قالت الثلاثة وهذه إحدى المسائل التى يفتى بها بقول زفر كما أشرت إلى ذلك فى منظومتى فيما يفتى به من أقوال زفر بقولى :

دعوى العقار بها لابد أربعة من الحدود وهذا بين وجلى اه ط بزيادة

لكن قال سيدى عبد الغنى النابلسى فى شرحه على المحبية بعد كلام طويل فإذا كانت الحدود الثلاثة كافية عند الأئمة الثلاثة كان الفتوى على ذلك فقول زفر لأنه لابد من الحدود الأربعة غير مفتى به اه .

أقول : وكون الفتوى على قول زفر لم أجده فى كتب المذهب ولا فى نظم سيدى الوالد رحمه الله تعالى المسائل العشرين التى يفتى بها على قول زفر (قوله فلو ترك) أى المدعى أو الشاهد الرابع صح فحكمها فى الترك والغلط واحد (قوله وإن ذكره) أى الحد الرابع وغلط فيه لا أى لايصح وهو المفتى به ط لأنه يختلف المدعى ولا كذلك بتركه ونظيره إذا ادعى شراء بثمن منقود فإن الشهادة تقبل وإن سكتوا عن بيان جنس الثمن ، ولو ذكروه

(١) أى هذا القائل اه منه . (٢) أى على ذلك القائل اه منه .

(٣) (قوله لو سمع قاض) الخ هكذا بالأصل وليحرر اه مصححه ,

ثم إنما يثبت الغلط بإقرار الشاهد فصولين (وذكر أسماء أصحابها) أى الحدود

واختلفوا فيه لم تقبل كذا فى الزيلعى (قوله بإقرار الشاهد) كذا فى البحر وفى الحموى والغلط إنما يثبت بإقرار المدعى أنه غلط الشاهد والظاهر أن الغلط يثبت بهما أما لو ادعى المدعى عليه الغلط لا تسمع هذه الدعوى ولو أقام بينة لا تقبل وبيانه فى البحر وغيره (قوله فصولين) وعبارته وإنما يثبت الغلط بإقرار الشاهد إنى غلطت فيه أما لو ادعاه المدعى عليه لاتسمع ، ولا تقبل بينته لأن دعوى غلط الشاهد من المدعى عليه إنما تكون بعد دعوى المدعى . وجواب المدعى عليه حين أجاب المدعى ، فقد صدقه أن المدعى بهذه الحدود ، فيصير بدعوى الغلط مناقضا بعده أونقول تفسير دعوى الغلط أن يقول المدعى عليه أحدالحدود ليس ما ذكره الشاهد أو يقول صاحب الحد ليس بهذا الاسم كل ذلك نفى والشهادة على النفى لاتقبل اه .

قال العلامة الرملى فى عبارة الفصولين : إسقاط من أصل النسخة ولابد منه وهو بعد قوله بدعوى الغلط بعده مناقضا فينبغى أن يفصل أيضا ويمكن أن يغلط لمخالفته لتحديد المدعى فلا تناقض ثم قال : أو نقول الخ. وقدكتبت على نسختى جامع الفصولين فى هذا المحل كتابة حسنة فراجعها فإنها مفيدة وفى جامع الفصولين أيضا .

أقول : لو قال بعض حدوده كذا لا ما ذكره الشاهد والمدعى ينبغى أن تقبل بينته عليه من حيث إثباته أن بعض حدوده كذا فينفى ما ذكره المدعى ضمنا ، فيكون شهادة على الإثبات لا على النفى ، ويدل عليه مسألة ذكرت فى فصل التناقض أنه ادعى دارا محدودة فأجاب المدعى عليه أنه ملكى ، وفى يدى ثم ادعى أن المدعى غلط فى بعض حدوده لم يسمع لأن جوابه إقرار بأنه بهذه الحدود ، وهذا إذا أجاب بأنه ملكى أما لوأجاب بقوله ليس هذا ملكك ولم يزد عليه يمكن الدفع بعده بخطأ الحدود كذا حكى عن ط أنه لقن المدعى عليه الدفع بخطأ الحدود .

أقول : دل على هذا أن المدعى عليه لو برهن على الغلط يقبل فدل على ضعف الجوابين المذكورين فالحق ما قلت من أنه ينبغى أن يكون على هذا التفصيل والله تعالى أعلم اه قال فى نور العين : جميع ما ذكره المعترض فى هذا البحث محل نظر كما لا يخفى على من تأمل وتدبر اه .

أقول : والمخلص كما ذكره السائحانى أن يقول المدعى عليه هذا المحدود ليس فى يدى فيلزم أن يقول الخصم بل فى يدك ولكن حصل غلط فيمنع به ، ولو تدارك الشاهد الغلط فى المجلس يقبل أو فى غيره إذا وفق . قال فى البزازية : ولو غلطوا فى حد واحد أو حدين ثم تداركوا فى المجلس أو غيره يقبل عند إمكان التوفيق بأن يقول كان اسمه فلانا ثم صار اسمه فلانا أو باع فلان واشتراه المذكور اه . وفيه مسائل أحببت ذكرها هنا تتميما للفائدة .

وفى ذ : بين حدوده ولم يبين أنه كرم أو أرض أو دار وشهدا كذلك قيل لا تسمع الدعوى ، ولا الشهادة وقيل تسمع لو بين المصر والمحلة والموضع .

ادعى عشر دبرات(١) أرض وحد التسع لا الواحدة لو كانت هذه الواحدة فى وسط التسع تقبل ويقضى بالجملة لا لو على طرف .

جف : ادعى سكنى دار ونحوه وبين حدوده لا يصح إذ السكنى نقلى فلا يحد بشىء .

فش : وإن كان السكنى نقليا لكن لما اتصل بالأرض اتصال تأبيد كان تعريفه بما به تعريف الأرض

(١) الدبرات : قطعة من الأرض تزرع ، قاموس .

(وأسماء أنسابهم ولابد من ذكر الجد) لكل منهم (إن لم يكن) الرجل مشهورا وإلا اكتفى باسمه لحصول المقصود

إذ فى سائر النقليات إنما لا يعرف بالحدود لإمكان إحضاره فيستغنى بالإشارة إليه عن الحد أما السكنى فنقله لا يمكن لأنه مركب فى البناء تركيب قرار فالتحق بما لا يمكن نقله أصلا اه .

أقول : والمراد بالسكنى ما ركب فى الأرض كما ظهر من كلامه أى لأنه منقول تعسر إحضاره فلا يكفى تحديده ولابد من الإشارة إليه عند الدعوى والشهادة والحكم عليه ، وقوله : وإن كان السكنى نقليا الخ هذا قول آخر نقله عن فتوى رشيد الدين أى فيكفى تحديده وإن كان نقليا لأنه التحق بالعقار لاتصاله بالأرض اتصال قرار .

أقول : ومنه يظهر حكم حادثة الفتوى وهى ما لو أراد متولى أرض وقف معلومة انتزاعها من يد مستأجرها بعد مضى مدة الإجارة ورفع يده عنها وكان قد غرس وبنى فيها المستأجر بإذن متوليها بحق القرار فأثبت بناءه وأشجاره الموضوعة فى الأرض على الوجه المذكور لدى الحاكم الشرعى بذكر حدود الأرض فقط من غير إشارة إلى البناء والأشجار وحكم له الحاكم الشرعى بحق القرار فيها فإنه يصح على هذا القول الثانى سيما وقد اتصل بحكم الحاكم .

وأقول : أيضا قد تأيد ذلك بأمر السلطان نصره الرحمن كما سمعته فى المنقول الذى يحتاج نقله إلى مصرف وقد تأيد ذلك عندى بعده بفتوى من مفتى الأنام بوأهم الله دار السلام أفتوا فيها بصحة حجيج الاحترام طبق هذا المرام هذا ما ظهر لى فى هذا المقام فتأمله منصفا بكمال الإلمام .

وفيه برمز طظه : شرى علو بيت ليس له سفل يحد السفل لا العلو إذ السفل مبيع من وجه من حيث أن قرار العلو عليه ، فلابد من تحديده وتحديده يغنى عن تحديد العلو إذ العلو عرف بتحديد السفل ، ولأن السفل أصل والعلو تبع فتحديد الأصل أولى قال طى : هذا إذا لم يكن حول العلو حجرة فلو كانت ينبغى أن يحد العلو لأنه هو المبيع فلابد من إعلامه وهو يحده وقد أمكن (قوله وأسماء أنسابهم) جمع نسب بمعنى منسوب إليه . قال فى البحر : المقصود الإعلام اه وفى الملتقط ربما لا يحد إلا بذكر الجد وإذا لم يعرف جده لا يتميز عن غيره إلا بذكر مواليه أو ذكر حرفته أو وطنه أو دكانه أو حليته فإنما التمييز هو المقصود فيحصل بما قل أو كثر اه . ولو ذكر مولى العبد وأبا مولاه يكفى على المفتى به ط .

مطلب المقصود التميز لمعرفة الحد

(قوله وإلا اكتفى باسمه لحصول المقصود) قال فى الفصولين : أما الدار فلابد من تحديده ولو مشهورا عند أبى حنيفة وتمام حده بذكر جد صاحب الحد وعندهما التحديد ليس بشرط فى الدار المعروف كدار عمر بن الحرث بكوفة فعلى هذا لو ذكر لزيق دار فلان ، ولم يذكر اسمه ونسبه وهو معروف يكفيه إذ الحاجة إليهما لإعلام ذلك الرجل وهذا مما يحفظ جدا اه .

وفيه : ولو جعل أحد الحدود أرض المملكة يصح ، وإن لم يذكر أنه فى يد من لأنها فى يد السلطان بواسطة يد نائبه اه . وهذا إذا كان الأمير واحدا ، فلو كان اثنين لابد أن يبين اسم الأمير ونسبه كما فى الخلاصة .

رجل ادعى دارا فى يد رجل فقال له القاضى هل تعرف حدود الدار قال لا ، ثم ادعاها وبين الحدود لا تسمع أما إذا قال : لا أعرف أسامى أصحاب الحدود ثم ذكر فى المرة الثانية فتسمع ولا حاجة إلى التوفيق كذا فى الهندية عن الخلاصة .

(و) ذكر (أنه) أى العقار (فى يده) ليصير خصما (ويزيد) عليه (بغير حق إن كان) المدعى (منقولا) لما مر

وفيها : ولو أنه قال لا أعرف الحدود ثم ذكر الحدود بعد ذلك ثم قال : عنيت بقولى لا أعرف الحدود لا أعرف أسماء أصحاب الحدود قبل ذلك منه ، وتسمع دعواه كذا فى الذخيرة .

رجل ادعى محدودة وذكر حدودها وقال فى تعريفها : وفيها أشجار ، وكانت المحدودة بتلك الحدود ولكنها خالية عن الأشجار لاتبطل الدعوى وكذا لو ذكر مكان الأشجار الحيطان ولوكان المدعى قال فى تعريفها: ليس فيها شجر ولا حائط فإذا فيها أشجار عظيمة لايتصور حدوثها بعد الدعوى إلا أن حدودها توافق الحدود التى ذكر تبطل دعواه .

ولو ادعى أرضا ذكر حدودها وقال : هى عشر دبرات أرض أو عشر جرب ، فكانت أكثر من ذلك لا تبطل دعواه وكذا لو قال : هى أرض يبذر فيها عشر مكاييل فإذا هى أكثر من ذلك ، أو أقل إلا أن الحدود وافقت دعوى المدعى لا تبطل دعوى المدعى ، لأن هذا خلاف يحتمل التوفيق وهى غير محتاجة إليه كذا فى فتاوى قاضيخان .

وفى الهندية : رجل ادعى على رجل أنه وضع على حائط له خشبا أو أجرى على سطحه ماء أو فى داره ميزابا أو ادعى أنه فتح فى حائط له بابا أو بنى على حائط له بناء أو ادعى أنه رمى التراب أو الزبل فى أرضه أو دابة ميتة فى أرضه أو غرس شجرا أو ما فيه فساد الأرض وصاحب الأرض يحتاج إلى رفعه ونقله ، وصحح دعواه بأن بين طول الحائط وعرضه وموضعه وبين الأرض بذكر الحدود وموضعها فإذا صحت دعواه وأنكر المدعى عليه يستحلفه على السبب ، ولوكان صاحب الخشب هو المدعى فقدم صاحب الحائط إلى القاضى وقال: كان لى على حائط هذا الرجل خشب ، فوقع أو قلعته لأعيده وأن صاحب الحائط يمنعنى عن ذلك لا تسمع دعواه ما لم يصحح وتصحيح الدعوى بأن يبين موضع الخشب وأن له حق وضع خشبة أو خشبتين أو ما أشبه ذلك وبين غلظ الخشبة وخفتها فإذا صحت الدعوى وأنكر المدعى عليه يحلفه القاضى على الحاصل بالله ما لهذا فى هذا الحائط وضع الخشب الذى يدعى وهو كذا وكذا فى موضع كذا من الحائط فى مقدم البيت أو مؤخره حق واجب له فإذا نكل ألزمه القاضى حقه اهـ (قوله وذكر أنه أى العقار فى يده الخ) أى لأن المدعى عليه لا يكون خصما إلا إذا كان العقار فى يده ، فلابد من ذكره ، وإنما خصصه فى الذكر ، لأن الكلام فيه وإلا فالمنقول كذلك ، ولذا جعل صاحب البحر الضمير راجعا إلى المدعى الشامل للمنقول والعقار قال : ولم أخصصه بالعقار كما فعل الشارح لكونه شرطا فيهما اهـ .

وفى كلامه إشارة إلى أن ذلك فى الدعوى ، أما إذا شهدوا بمنقول أنه فى ملك المدعى تقبل ، وإن لم يشهدوا أنه فى يد المدعى عليه بغير حق ، لأنهم شهدوا بالملك له وملك الإنسان لا يكون فى يد غيره إلا بعارض والبينة تكون على مدعى العارض ولا تكون على صاحب الأصل وقال بعضهم : ما لم يشهدوا أنه فى يد المدعى عليه بغير حق لا تقطع يد المدعى عليه ، والأول أصح وفيما سوى العقار لايشترط أن يشهدوا أنه فى يد المدعى عليه لأن القاضى يراه فى يده فلاحاجة إلى البيان كذا فى الخانية بحر (قوله إن كان منقولا) هذا تكرار لاحاجة إليه مع قوله فيما تقدم فى المنقول ذكر أنه فى يده بغير حق إلا أن يقال : إنما ذكره مع ما تقدم ليشير أن فى العقار لا يتأتى ذلك لأن اليد لا تستولى عليه ولذا لايثبت فيه الغصب تأمل (قوله لما مر) أى من احتمال كونه مرهونا فى يده أو محبوسا بالثمن فى يده أى ليصير خصما .

(ولا تثبت يده فى العقار بتصادقهما بل لابد من بينة أو علم قاض) لاحتمال تزويرهما بخلاف المنقول لمعاينة يده هذا ليس على إطلاقه بل (إذا ادعى) العقار

أقول : هذا يشمل العقار فالتقييد لايفيد وهكذا قال صدر الشريعة ، وفى القهستانى ويزيد أيضا فى العقار عند بعض المشايخ كما فى قاضيخان ، وهو المختار عند كثير من أهل الشروح ومثله فى الخزانة (قوله ولا تثبت لو يده) أى يد المدعى عليه بتصادقهما لأن اليد فيه غير مشاهدة ، ولعله فى يد غيرهما تواضعا فيه ليكون لهما ذريعة إلى أخذه بحكم الحاكم عينى وسيشير إليه الشارح ، لكن اعترض على تعليل العينى بأنه لايشمل ،الايمكن حضوره إلى مجلس الحكم كصبرة برّ ورحى كبيرة ونحو ذلك فينبغى أن يلحق بالعقار لمشابهتها له .

أقول : هذا الاعتراض فى غاية السقوط لما سبق وسيجىء أن ما تعذر نقله من المنقول يحضره القاضى أو يبعث أمينا أو نائبه فيسمع ، ويقضى ثم يمضى القاضى. فنى صورة الحضور مشاهد أيضا وفى صورة بعث القاضى كالمشاهد ، ولذلك أمضى قضاءه بخلاف العقار فإن كونه فى يد المدعى عليه قد لا يشاهده القاضى وإن حضر عنده ولذلك صرحوا بأن ثبوت يده عليه بالبينة لا غير .

أقول : وهذا مما يقع كثيرا ويغفل عنه كثير من قضاة زماننا حيث يكتب فى الصكوك فأقر بوضع يده على العقار المذكور فلابد أن يقول المدعى إنه واضع يده على العقار ويشهد له شاهدان ولذا نظم سيدى الوالد رحمه الله تعالى ذلك بقوله :

واليد لا يثبت فى العقار مع التصادق فلا تمارى
بل يلزم البرهان إن لم يدع عليه غصبا أو شراء مدعى

(قوله بل لابد من بينة) أى من المدعى تشهد أنهم عاينوه فى يده أى لصحة القضاء بالملك ، ولا يشترط ذلك لصحة الدعوى .

قال فى الخانية : قال أبو بكر : لا تقبل بينـــة المدعى على الملك ما لم يقم البينة أنها فى يد ذى اليد ومثله فى القهستانى بأوضح بيان، ثم قال: وإذا شهدوا أنه فى يده يسألهم القاضى أنهم شهدوا عن سماع أو معاينة لأنهم ربما سمعوا إقراره أنه فى يده وهذا لا يختص به فإنهم لوشهدوا على البيع مثلا يسألهم عن ذلك لأنها شهادة بالملك للبائع والملك لايثبت بالإقرار (قوله أوعلم قاض) هذا بناء على أن القاضى يقضى بعلمه وكثيرا مايذكرونه فى المسائل والمفتى به : أنه لايقضى بعلمه فعليه لابد من البينة (قوله لاحتمال تزويرهما) هوالصحيح اعترضه صدرالشريعة بأن تهمة المواضعة ثابتة مع إقامة البينة أيضا فإن الدار مثلا إذا كانت أمانة فى يد المدعى عليه فتواضعا على أن لا يقر بالأمانة فيقيم البينة على اليد ، ثم إنها ملكه فيقضى عليه وأجيب بأن تهمة المواضعة فى صورة الإقرار ظاهرة وقريبة ، بل أكثر .وفى صورة إقامة البينة خفية وبعيدة بل نادرة وأبعد لأن مبنى ذلك على مواضعة الخصمين وشاهدى زور وارتكاب ضرر فإن المدعى عليه إذا حكم عليه ، وأخرجت من يده يتضرر فتدبر وعند البعض يكفى تصديق المدعى عليه أنها فى يده، ولا يحتاج إلى إقامة البينة ، لأنه إن كان فى يده وأقر بذلك فالمدعى يأخذ منه إن ثبت ملكيته بالبينة أو بإقرار ذى اليد أو نكوله ، وإن لم يكن فى يده لا يكون للمدعى ولاية الأخذ من ذى اليد لأن البينة قامت على غير خصم فالضرر لا يلحق إلا بذى اليد على أن التزوير يوجد لوكانت فى يده أمانة ، ولم يذكر إلا مجرد أنها فى يده كما علمت (قوله لمعاينة يده) قدمنا قريبا الاعتراض على هذا التعليل وإن الاعتراض المذكور فى غاية السقوط فلا تنسه (قوله ثم هذا) أى عدم ثبوت اليد بالتصادق

(ملكا مطلقا أما فى دعوى الغصب و) دعوى (الشراء) من ذى اليد (فلا) يفتقر لبينة أيضا بزازية .
(و)(ذكر أنه يطالبه به) لتوقفه على طلبه ولاحتمال رهنه أو حبسه بالثمن وبه استغنى عن زيادة بغير حق فافهم (ولو كان) ما يدعيه (دينا) مكيلا أو موزونا نقدا أو غيره (ذكر وصفه) لأنه لايعرف إلا به (ولابد فى دعوى المثليات

(قوله ملكا مطلقا) أى بلا بيان سبب الملك (قوله فلا يفتقر لبينة) أى أنه فى يده بغير حق كما فى العمادية وغيرها وظاهره أنه يصح دعوى العقار بلا بيان سبب .

وقال فى البحر : فظهر بما ذكرناه وأطلقه أصحاب المتون أنه يصح دعوى الملك المطلق فى العقار، بلا بيان سبب الملك ، ثم نقل عن البزازية أن صحة دعوى الملك المطلق فى العقار فى بلاد لم يقدم بناؤها ، أما فى بلد قدم بناؤه فلا تسمع فيه دعوى الملك المطلق لوجوه بينها فيه . وظاهره اعتماد الأول هذا خلاصة كلامه وقيد بالدعوى لأن الشاهد إذا شهد أنه ملكه ، ولم يقل فى يده بغير حق اختلفوا فيه ، والصحيح الذى عليه الفتوى أنه يقبل فى حق القضاء بالملك لا فى حق المطالبة بالتسليم ، حتى لوسأل القاضى الشاهد أهو فى يد المدعى عليه بغير حق، فقال : لا أدرى يقبل على الملك نص عليه فى المحيط كما فى شهادة البزازية ، فظهر أن المدعى او ادعى أنه فى يد المدعى عليه بغير حق وطالبه، وشهد شاهداه أنه ملك المدعى ، وأنه فى يد المدعى عليه عن معاينة يقضى القاضى بالملك والتسليم إذ لا فرق فى ذلك بين أن يثبت كلا الحكمين بشهادة فريق واحد أو فريقين كما فى غاية البيان مفصلا (قوله لأن دعوى الفعل) أشار بهذا إلى الفرق بين دعوى الملك المطلق ، ودعوى الفعل .

وحاصله : أن دعوى الفعل كما تصح على ذى اليد تصح على غيره أيضا فإنه يدعى عليه التمليك ، والتملك وهو كما يتحقق من ذى اليد يتحقق من غيره أيضا ، فعدم ثبوت اليد لا يمنع صحة الدعوى ، أما دعوى الملك المطلق فدعوى ترك التعرض بإزالة اليد وطلب إزالتها لايتصور إلا من صاحب اليد وباقراره لايثبت كونه ذايد لاحتمال المواضعة أفاده فى البحر (قوله وذكر أنه يطالبه به) أى سواء كان عينا أودينا منقولا أو عقارا فلو قال : لى عليه عشرة دراهم ولم يزد على ذلك لم يصح مالم يقل للقاضى مره حتى يعطيه ، وقيل : تصح وهو الصحيح قهستانى ، قال العلامة أبو السعود : وليس المراد لفظ وأطالبه به بل هو أو ما يفيده من قوله مره ليعطينى حقى ، وأما أصحاب الفتاوى كالخلاصة جعلوا اشتراطه قولا ضعيفا فالصحيح على ما فى الفتاوى عدم اشتراط المطالبة أصلا كذا بخط شيخنا اه ومثله فى العمدة وسيأتى فى دعوى الدين قريبا (قوله لتوقفه) أى توقف دعوى العقار ذكر الضمير ، وإن كان المرجع مؤنثا لاكتسابه التذكير من المضاف إليه (قوله ولاحتمال رهنه أو حبسه بالثمن) أو لدفع التأجيل فى نحو الدين وكل ذلك يزول بالمطالبة (قوله وبه) أى بذكر أنه يطالبه لأنه لامطالبة له إذا كان محبوسا بحق (قوله استغنى عن زيادة بغير حق) فرجع الكلام إلى موافقة صدر الشريعة فى التسوية بين المنقول والعقار (قوله فافهم) أشار به إلى أن ذكر كونه بغير حق غير لازم فى العقار والمنقول لأن المطالبة تغنى عنه (قوله واو كان ما يدعيه دينا) أى فى الذمة (قوله مكيلا أو موزونا) إنما قيد به لأنه هو الذى يمكن ثبوته فى الذمة ، ويلحق به المذروع إذا استوفى شروط السلم ، وكذا العددى المتقارب كالجوز والبيض واللبن الذى سمى فيه ملبنا معلوما ونحو ذلك مما يمكن ثبوته فى الذمة (قوله نقدا أو غيره) تعميم فى الموزون (قوله ذكر وصفه) أنه جيد أو ردىء لأنه لا يعرف إلا به وإنما يحتاج إلى ذكر وصفه إذا كان فى البلد نقود مختلفة ، أما إذا كان فى البلد نقد واحد فلا حوى زاد فى الكنز ، وأنه يطالبه به .

من ذكر الجنس والنوع والصفة والقدر وسبب الوجوب) فلو ادعى كر بر دينا عليه ولم يذكر سببا لم تسمع وإذا ذكر فني السلم إنما له المطالبة في مكان عيناه وفي نحو قرض وغصب واستهلاك في مكان القرض ونحوه بحر فليحفظ .

قال في البحر : هكذا جزم به في المتون والشروح وأما أصحاب الفتاوى فجعلوا اشتراطه قولا ضعيفا كما في العمدة انتهى ، ولا يخفى أنه كان ينبغي للمصنف ذكره هنا أي في دعوى الدين كما ذكره في دعوى العقار لما قالوا : إن ما في المتون والشروح مقدم على ما في الفتاوى لكن هذا عند التصريح بتصحيح كل من القولين أو عدم التصريح أصلا ، أما لو ذكرت مسألة في المتون ولم يصرحوا بتصحيحها ، بل صرحوا بتصحيح مقابلها فقد أفاد العلامة قاسم ترجيح الثاني ، لأنه تصحيح صريح ، وما في المتون تصحيح التزامي والتصحيح الصريح مقدم على التصحيح الالتزامي أي التزام المتون ذكر ما هو الصحيح في المذهب كما تقدم في رسم المفتي أول الكتاب قال ط : ولو استغنى عن ذكر الدين وأدخله في جملة المثليات التي ذكر حكمها بعد لكان أخصر (قوله من ذكر الجنس) كحنطة والنوع كبلدية أوحورانية والصفة كجيدة والقدر كعشرة أقفزة إن كان كيليا وعشرة أرطال إن كان وزنيا (قوله وسبب الوجوب) بأن يقول بسبب بيع صحيح جرى بينهما (قوله لم تسمع) وكذا لو ادعى مالا بسبب له كحساب جرى بينهما لا يصح ، لأن الحساب لايصلح سببا لوجوب المال كما في مشتمل الأحكام والهندية عن الخلاصة .

وفي الأشباه: لا يلزم المدعي بيان السبب وتصح بدونه إلا في المثليات ودعوى المرأة لدين على تركة زوجها ، فلو ادعى مكيلا مثلا فلا بد من بيان سبب الوجوب لاختلاف الأحكام باختلاف الأسباب ، حتى من أسلم يحتاج إلى بيان مكان الإيفاء تحرزا عن النزاع ، وكذا لو ادعت المرأة على تركة الزوج لم تسمع مالم تبين السبب ، لجواز أن يكون دين النفقة وهي تسقط بموته جملة اه .

وفي الظهيرية : وإن وقعت الدعوى في الدين فلا بد من بيان السبب ، لأنه لايجب في الذمة إلا بالاستهلاك بخلاف دعوى الأملاك والأعيان فلا يحتاج .

مطلب فيما يجب ذكره في دعوى العقد

(قوله في مكان عيناه) هذا عند الإمام ، وعندهما في مكان العقد وهذا فيما له حمل ومؤنة ، وما لا حمل له كمسك لا يشترط فيه بيان مكان الإيفاء اتفاقا ، ويوفي حيث شاء كما تقدم في السلم. وينبغي على قولهما أن يذكر في الدعوى مكان العقد فيما له حمل ومؤنة لأن عندهما يجب تسليمه فيه براجع ، وقدمنا في هذا الباب أنه يذكر في السلم شرائطه من إعلام جنس رأس المال وغيره ونوعه وصفته وقدره بالوزن إن كان وزنيا وانتقاد بالمجلس حتى يصح الخ فراجعه (قوله وفي نحو قرض الخ) أي وفي دعوى نحو القرض الخ ولا بد أن يذكر أنه أقرضه كذا من مال نفسه ، لجواز أن يكون وكيلا بالإقراض والوكيل بالإقراض سفير ومعبر لا يطالب بالأداء ، ويذكر أيضا أنه صرف ذلك إلى حاجة نفسه ، ليصير ذلك دينا عليه إجماعا لأن القرض عند أبي يوسف لايصير دينا في ذمة المستقرض إلا بصرفه في حوائج نفسه اه فلو كان باقيا عند المستقرض لا يصير دينا عنده ، ونحو القرض ثمن المبيع فإنه يتعين مكان العقد للإيفاء ط قال صدر الإسلام : لايشترط بيان مكان الإيفاء في القرض ، وتعيين مكان العقد هندية عن الوجيز الكردي (قوله وغصب واستهلاك في مكان القرض) وهذا فيما له حمل ومؤنة وإلا فلا كما تقدم قريبا (قوله ونحوه) أي من الغصب والاستهلاك فيتعين مكانهما للتسليم ، وقد مثل ذلك في البحر بالحنطة لما أن محل ذلك فيما له حمل ومؤنة .

. . . .

مطلب فى كلام المتون والشروح فى الدعوى قصور إذ لم يبينوا بقية الشروط

قال فى البحر : ثم اعلم أن فى كلام أصحاب المتون والشروح فى دعوى قصورا فإنهم لم يبينوا بقية شرائط دعوى الدين ولم يذكروا دعوى العقد .

أما الأول : فنى دعوى البضاعة والوديعة بسبب موته مجهلا لابد أن يبين قيمته يوم موته إذ هو يوم الوجوب، وفى المضاربة بموت المضارب مجهلا لابد من ذكر أن مال المضاربة يوم موته نقد أو عرض ، لأن العرض يدعى قيمته ، وفى مال الشركة لابد من ذكر أنه مات مجهلا لمال الشركة أو للمشترى بما لها إذ مالها يضمن بمثله والمشترى بمالها يضمن بالقيمة .

ولو ادعى مالا بكفالة لابد من بيان المال بأى سبب لجواز بطلانها إذ الكفالة بنفقة المرأة إذا لم تذكر مدة معلومة لا تصح إلا أن يقول : ما عشت أو دمت فى نكاحه والكفالة بمال الكتابة لا تصح ، وكذا بالدية على العاقلة ولابد أن يقول : وأجاز المكفول له الكفالة فى مجلس الكفالة حتى لو قال فى مجلسه : لم يجز ولايشترط بيان المكفول عنه كما فى الخانية . ولو ادعت امرأة مالا على ورثة الزوج لم يصح مالم تبين السبب لجواز أن يكون دين النفقة ، وهى تسقط بموته وفى دعوى الدين على الميت لو كتب توفى بلا أدائه وخلف من التركة بيد هذا الوارث ما يفى تسمع هذه الدعوى وإن لم يبين أعيان التركة ، وبه يفتى ، لكن إنما يأمر القاضى الوارث بأداء الدين ، لو ثبت وصول التركة إليه ولو أنكر وصولها إليه لا يمكن إثباته إلا بعد بيان أعيان التركة فى يده لما يحصل به الإعلام .

ولو ادعى الدين بسبب الوراثة لابد من بيان كل ورثته وفى دعوى السعاية به إلى الحاكم لايجب ذكر قابض المال ، ولكن فى محضر دعواها لابد أن يبين السعاية لينظر أنه هل يجب الضمان عليه لجواز أنه سعى بحق فلا يضمن .

ولو ادعى الضمان على الآمر أنه أمر فلانا وأخذ منه كذا تصح الدعوى على الأمر لو سلطانا وإلا فلا .

مطلب فى شروط دعوى العقد

وأما دعوى العقد من بيع وإجارة ووصية وغيرها من أسباب الملك لابد من بيان الطوع والرغبة بأن يقول : باع فلان منه طائعا أو راغبا فى حال نفاذ تصرفه لاحتمال الاكراه، وفى ذكر التخارج والصلح عن التركة لابد من بيان أنواع التركة ، وتحديد العقار ، وبيان قيمة كل نوع ، ليعلم أن الصلح لم يقع على أزيد من قيمة نصيبه، لأنهم لو استهلكوا التركة ، ثم صالحوا المدعى على أزيد من نصيبه لم يجز عندهم كما فى الغصب إذا استهلكوا الأعيان وصالحوا وفى دعوى البيع مكرها لا حاجة إلى تعيين المكره هذا ماحررته من كلامهم اه .

قلت : إنما تركوا ذكر ذلك لذكرهم حكم كل واحد فى بابه ، وفى كتب الشروط استوفوا هذا .

قال فى الهندية : وإن ادعى الحنطة أو الشعير بالأمناء فالمختار للفتوى أنه يسأل المدعى عن دعواه، فإن ادعى بسبب القرض والاستهلاك لايفتى بالصحة ، وإن ادعى بسبب بيع عين من أعيان ماله بحنطة فى الذمة أو بسبب السلم يفتى بالصحة هكذا فى الذخيرة ، وإن ادعى مكايلة حتى صحت الدعوى بلا خلاف ، وأقام البينة على إقرار المدعى عليه بالحنطة أو الشعير ولم يذكر الصفة فى إقراره قبلت البينة فى حق الجبر على البيان ، لا فى حق الجبر على الأداء كذا فى المحيط .

(ويسأل القاضي المدعى عليه) عن الدعوى فيقول : إنه ادعى عليك كذا فماذا تقول

وفى الدرة والمجتبى : يعتبر العرف كذا فى الفصول العمادية .

إذا ادعى الدقيق بالقفيز لا تصح ومتى ذكر الوزن حتى صحت دعواه لابد أن يذكر دقيق منخول أوغير منخول مخبوز أو غير مخبوز والجودة والوساطة والرداءة هكذا فى الظهيرية .

وإذا ادعى على آخر مائة عدالية غصبا وهى منقطعة عن أيدى الناس يوم الدعوى ينبغى أن يدعى قيمته غير أن عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى تعتبر القيمة يوم الدعوى والخصومة ، وعند أبى يوسف رحمه الله تعالى يوم الغصب وعند محمد رحمه الله تعالى يوم الانقطاع ولا بد من بيان سبب وجوب الدراهم فى هذه الصورة كذا فى الذخيرة. وفى الدين : لو ادعى المديون أنه بعث كذا من الدراهم إليه أوقضى فلان دينه بغير أمره صحت الدعوى ، ويحلف ولو ادعى عليه قرض ألف درهم وقال : وصل إليك بيد فلان وهو مالى لا تسمع دعواه كما فى العين كذا فى الخلاصة. وفى دعوى مال الاجارة المفسوخة بموت الآخر إذا كانت الأجرة دراهم أو عدالية ينبغى أن يذكر كذا دراهم كذا عدالية رائجة من وقت العقد إلى وقت الفسخ كذا فى الذخيرة .

وفى دعوى مال الإجارة المفسوخة لا يشترط تحديد المستأجر وكذا ثمن مبيع مقبوض ولم يبين البيع أو محدود ولم يحدده وهو الأصح ، ولو ادعى على آخر أنه استأجر المدعى لحفظ عين معين سماه . ووصفه كل شهر بكذا وقد حفظه مدة كذا فوجب عليه أداء الأجرة المشروطة ، ولم يحضر ذلك العين فى مجلس الدعوى ينبغى أن تصح الدعوى اهـ .

واختلفوا فى اشتراط حضرة المستعير مع المعير فى دعوى المستعار وحضرة المودع مع المودع فى دعوى الوديعة ، وكذا فى اشتراط حضور المزارع مع رب الأرض فى دعوى الأرض بزازية .

قال فى الهندية : تشترط حضرة الراهن والمرتهن فى دعوى عين رهن والعارية والإجارة كالرهن وأما حضرة المزارع فهل هى شرط فى دعوى الضياع إن كان البذر من المزارع فهو كالمستأجر يشترط حضوره ، وإن لم يكن البذر منه إن نبت الزرع فكذلك ، وإن لم ينبت لا يشترط هذا فى دعوى الملك المطلق أما إذا ادعى على آخر غصب ضيعته وأنها فى يد المزارع فلا تشترط حضرة المزارع لأنه يدعى عليه الفعل ولو كانت الدار فى يد البائع بعد البيع ،فجاء مستحق واستحقها لايقضى بالدارله إلا بحضرة البائع والمشترى كذا فى الخلاصة، ولو ادعى مسيل ماء فى دار الآخر لا بد أن يبين أنه مسيل ماء المطر أو ماء الوضوء ، وينبغى أن يبين موضع المسيل أنه فى مقدم البيت أو مؤخره ولو ادعى طريقا فى دار الآخر ينبغى أن يبين طوله وعرضه وموضعه من الدار جامع الفصولين .

وفيه وفى دعوى الإكراه على بيع وتسليم ينبغى أن يقول : بعته مكرها وسلمته مكرها ولى حق فسخه فافسخه ولو قبض ثمنه يذكر وقبضت ثمنه مكرها ويبرهن على كل ذلك أما لو ادعى عليه أنه ملكى وفى يده بغير حق لاتسمع إذ بيع المكره يفيد الملك بقبضه فالا سترداد بسبب فساد البيع ينبغى أن يكون كذلك .

وفيها لو ادعى فساد البيع يستفسر عن سبب فساده لجواز أن يظن الصحيح فاسدا وفى دعوى البيع مكرها لا حاجة إلى تعيين المكره كما لو ادعى السعاية فلا حاجة إلى تعيين العون (قوله ويسأل القاضى) أى بطلب المدعى وقيل : إن كان المدعى جاهلا يسأل القاضى المدعى عليه بدون طلبه اهـ سراجية .

وفيها : إذا حضر الخصمان لا بأس أن يقول مالكما ، وإن شاء سكت حتى يبتدئاه بالكلام ، وإذا تكلم

(بعد صحتها وإلا) تصدر صحيحة (لا) يسأل لعدم وجوب جوابه (فإن أقر) فيها لأن دعوى الفعل كما تصح على ذى اليد تصح على غيره (أو أنكر فبرهن المدعى قضى عليه) بلا طلب المدعى (وإلا) يبرهن (حلفه) الحاكم

المدعى يسكت الآخر ويسمع مقالته فإذا فرغ يقول للمدعى عليه بطلب المدعى ماذا تقول وقيل : إن المدعى إذا كان جاهلا فإن القاضى يسأل المدعى عليه بدون طلب المدعى اه وفى شهادات الخزانة : يجوز للقاضى أن يأمر رجلا يعلم المدعى الدعوى والخصومة إذا كان لا يقدر عليها ولا يحسنها اه (قوله بعد صحتها) أى إذا جازت وقامت دعوى المدعى برعاية ما سبق من شروط صحتها (قوله لعدم وجوب جوابه) الأولى أن يعلل بعدم الباعث على السؤال فتأمل ط (قوله فيها) إنما قدره فرارا من استعمال قضى الآتى فى كلام المصنف فى حقيقته ومجازه لأن الاقرار حجة ملزمة بنفسه ، ولا يحتاج فيه إلى القضاء فاطلاق اسم القضاء فيه مجاز عن الأمر بالخروج عما لزمه بالإقرار كما صرح به فى التبيين اه ح بخلاف البينة فإن الشهادة خبر محتمل بالقضاء تصير حجة وسقط احتمال الكذب كذا فى التبيين فقول الشارح : فيها أى فبالقضية المطلوبة حصل المقصود ولزمه الحق سواء قضى به القاضى أولا وبالقضاء لا يثبت أمر زائد ألا يرى أنه يلزمه الحق باقراره عند غير القاضى ، أو أنكر الخصم فبرهن المدعى قضى عليه بالبينة ، ولزمه الحق بالقضاء ويثبت حكم البينة به أما بدون القضاء فلا يثبت بالبينة حكم . وكذا لا تعتبر فى غير مجلس القاضى قال فى الأشباه : لا يجوز للمدعى عليه الإنكار إذا كان عالما بالحق إلا فى دعوى العيب ، فإن للبائع إنكاره ليقيم المشترى البينة عليه ليتمكن من الرد على بائعه وفى الوصى إذا علم بالدين كذا فى بيوع النوازل .

قال فى البحر : وظاهر ما فى الكتاب أن القاضى لا يمهل المدعى عليه إذا استمهله وليس كذلك ففى البزازية ويمهله ثلاثة أيام إن قال المطلوب لى دفع وإنما يمهله هذه المدة لأنهم كانوا يجلسون فى كل ثلاثة أيام أو جمعة فإن كان يجلس كل يوم ومع هذا أمهله ثلاثة أيام جاز فإن مضت المدة ولم يأت بالدفع حكم اه (قوله أو أنكر فبرهن) ظاهره أن البينة لا تقام على مقر قال فى البحر : وظاهر ما فى الكتاب أن البينة لا تقام إلا على منكر فلا تقام على مقر وكتبنا فى فوائد كتاب القضاء أنها تقام على المقر فى وارث مقر بدين على الميت فتقام عليه للتعدى ، وفى مدعى عليه أقر بالوصاية فبرهن الوصى ، وفى مدعى عليه أقر بالوكالة فيثبتها الوكيل ثم زدت الآن رابعا من جامع الفصولين من فصل الاستحقاق قال المرجوع عليه عند الاستحقاق لو أقر بالاستحقاق ، ومع ذلك برهن الراجع على الاستحقاق كان له أن يرجع على بائعه إذ الحكم وقع ببينة لا بإقرار ، لأنه محتاج إلى أن يثبت عليه الاستحقاق ليمكنه الرجوع على بائعه وفيه لو برهن المدعى ثم أقر المدعى عليه بالملك له يقضى له بالإقرار لا ببينة إذ البينة إنما تقبل على المنكر لا على المقر وفيه من موضع آخر فهذا يدل على جواز إقامتها مع الإقرار فى كل موضع يتوقع الضرر من غير المقر لولاها فيكون هذا أصلا اه (قوله بلا طلب المدعى) وإعلامه المدعى عليه أنه يريد القضاء عليه أدب غير لازم وتقدم فى القضاء أنه متى قامت البينة العادلة وجب على القاضى الحكم بلا تأخير .

مطلب لا يجوز للقاضى تأخير الحكم بعد شرائطه إلا فى ثلاث

قال فى الأشباه لا يجوز للقاضى تأخير الحكم بعد شرائطه إلا فى ثلاث مواضع(١) الأولى : رجاء الصلح بين الأقارب . الثانية : إذا استمهل المدعى . الثالثة : إذا كان عنده ريبة اه (قوله وإلا حلفه الحاكم) لأنه لا بد أولا

---

(١) (قوله مواضع) هكذا بأصله ولعله مسائل بدليل قوله ثلاث وقوله الأولى الخ اه مصححه .

(بعد طلبه) إذ لا بد من طلبه اليمين فى جميع الدعاوى إلا عند الثانى فى أربع على ما فى البزازية

من سؤال القاضى المدعى بعد إنكار الخصم عن البينة ليتمكن من الاستحلاف ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال للمدعى : «ألك بينة ؟ فقال : لا فقال : لك يمينه» سأل ورتب اليمين على عدم البينة . وإنما تعتبر إقامتها بعد الإنكار والاستشهاد من المدعى حتى لو شهدوا بعد الدعوى والإنكار بدون طلب المدعى الشهادة لا تسمع عند الطحاوى وعند غيره تسمع كما فى العمادية وفيها ثم بعد صحة الدعوى إنما يستحلف فيما سوى القصاص بالنفس فى موضع يجوز القضاء بالنكول وفى موضع لا يجوز القضاء بالنكول لا يجوز الاستحلاف وتحليف الأخرس أن يقال له عليك عهد الله وميثاقه أنه كان كذا فيشير بنعم بحر . وإنما يظهر لو كان يسمع وانظر حكم الأخرس الذى لا يسمع ، ولا يستحلف الأب فى مال الصبى ولا الوصى فى مال اليتيم ولا المتولى فى مال الوقف وسيأتى فى كلام المصنف ويذكر تمامه إن شاء الله تعالى (قوله بعد طلبه) قيد به لأن الحلف حقه ولهذا أضيف إليه بحرف اللام فى الحديث وهى للتمليك وإنما صار حقاله لأن المنكر قصد إتواء حقه على زعمه بالإنكار فمكنه الشارع من إتواء نفسه باليمين الكاذبة : وهى الغموس إن كان كاذبا كما يزعم وهو أعظم من إتواء المال وإلا يحصل للحالف الثواب بذكر الله تعالى ، وهو صادق على وجه التعظيم ، ولا بد أن يكون النكول فى مجلس القضاء لأن المعتبر يمين قاطع للخصومة ، ولا عبرة لليمين عند غيره ، ولو حلفه القاضى بغير طلبه ثم طلب المدعى التحليف فله أن يحلفه ثانيا كما فى العمادية ، ولو حلف بطلب المدعى بدون تحليف القاضى لم يعتبر ، وإن كان بين يديه لأن التحليف حق القاضى بطلب المدعى كما فى القنية . ويأتى تمامه فى كلام المصنف وأطلق الحالف فيشمل المسلم والكافر ولو مشركا إذ لا ينكر أحد منهم الصانع فيعظمون اسم الله تعالى ، ويعتقدون حرمته لا الدهرية والزنادقة وأهل الإباحة وهؤلاء أقوام لم يتجاسروا على إظهار نحلهم فى عصر من الأعصار إلى يومنا هذا ونرجو من فضل الله تعالى على أمة حبيبه أن لا يقدرهم على إظهار ما انتحلوه إلى انقضاء الدنيا كما فى البدائع . ثم إذا حلف لا يبطل حقه بيمينه لكنه ليس له أن يخاصم ، مالم يقم البينة على وفق دعواه فإن وجدها أقامها ، وقضى له بها درر .

قال الزيلعى : وهل يظهر كذب المنكر بإقامة البينة والصواب أنه لا يظهر حتى لا يعاقب عقوبة شاهد الزور اه .

وفيه أيضا أنه لا يحنث لو كان حلفه بالطلاق ونحوه وقيل عند أبى يوسف يظهر كذبه وعند محمد لا يظهر اه.

وفى الخانية : وفى رواية عن محمد يظهر أيضا والفتوى على أنه يحنث وهكذا فى الولوالجية وذكر فى المنبع والفتوى فى مسألة الدين أنه او ادعاه بلا سبب فحلف ثم برهن ظهر كذبه ، وإن ادعاه بسبب فحلف أنه لا دين عليه ثم برهن على السبب لا يظهر كذبه لجواز أنه وجد القرض مثلا ثم وجد الإبراء أو الإيفاء اه وهكذا فى جامع الفصولين ، فظهر أن ما اختاره الزيلعى وتبعه فى الدرر من الصواب خلاف ما يفتى به سيما وقع فى أمر الدين تدبر (قوله إذ لا بد من طلب اليمين فى جميع الدعاوى) قال فى الأشباه : الأصح أنه لا تحليف فى الدين المؤجل قبل حلوله لأنه لا تسوغ له المطالبة حتى يترتب على إنكاره التحليف اه وإذا أراد تحليفه ينبغى للمدعى عليه أن يسأل القاضى إن المدعى يدعى حالة أم نسيئة فإن قال حالة يحلف بالله ماله على هذه الدراهم التى يدعيها ويسعه ذلك كما فى البحر .

مطلب يحلف بلا طلب فى أربعة مواضع

(قوله إلا عند الثانى فى أربع) قال فى البحر : ثم اعلم أنه لا تحليف إلا بعد طلب عندهما فى جميع الدعاوى

قال : وأجمعوا على التحليف بلا طلب فى دعوى الدين على الميت (وإذا قال) المدعى عليه (لا أقر ولا أنكر لا يستحلف بل يحبس

وعند أبى يوسف يستحلف بلا طالب فى أربعة مواضع فى الرد بالعيب يستحلف المشترى على عدم الرضا به والشفيع على عدم إبطاله الشفعة والمرأة ، إذا طلبت فرض النفقة على زوجها الغائب تستحلف أنها لم يطلقها زوجها ولم يترك لها شيئا ولا أعطاها النفقة والرابع المستحق يحلف بالله تعالى ما بعت ، وهذا بناء على جواز تلقين الشاهد اه .

والأولى : أن يحلف على أنه لم يستوفه كلا أو بعضا بالذات أو بالواسطة ولم يبرئه منه ، ولم يكن عنده به رهن أو بشىء منه وقوله بالله ما بعت فيه قصور والأولى أن يحلف بالله ما خرج عن ملكك ليشمل مالو خرج عن ملكه بالبيع وغيره وانظر للمدعى عليه وكذا يحلف القاضى البكر الطالبة للتفريق أنها اختارت الفرقة حين بلغت وإن لم يطلبه الزوج كما فى جامع الفصولين .

قال فى التتمة : ولو ادعى دعاوى متفرقة لا يحلفه القاضى على كل شىء منها بل يجمعها ، ويحلفه يمينا واحدة على كلها إذا برهن فإنه يحلف كما وصفنا : وهى فى الخلاصة (قوله قال) أى البزازى (قوله وأجمعوا على التحليف) أى وإن أقر به المريض فى مرض موته كما فى الأشباه عن التتارخانية وقدمه الشارح قبيل باب التحكيم من القضاء (قوله فى دعوى الدين) قال فى البحر : ولا خصوصية لدعوى الدين بل فى كل موضع يدعى حقا فى التركة وأثبته بالبينة فإنه يحلف من غير خصم بل وإن أبى الخصم كما صرح به فى البزازية لأنه حق الميت أنه ما استوفى حقه وهو مثل حقوق الله تعالى يحلف من غير دعوى كذا فى الولوالجية اه . وقيد بإثباته بالبينة لأنه لو أقر به الوارث أو نكل عن اليمين المتوجهة عليه لا يحلف كما يعلم من مسألة إقرار الورثة بالدين ومما قدمناه من كون الإقرار حجة بنفسه ، بخلاف البينة تأمل لكن ذكر فى خزانة أبى الليث خمسة نفر جاز للقاضى تحليفهم ثم قال ورجل ادعى دينا فى التركة يحلفه القاضى بالله العظيم جل ذكره ما قبضته اه . فهذا مطلق وما هنا مقيد بما إذا أثبته بالبينة ، وتعليلهم بأنه حق الميت ربما يعكر على ما تقدم ، وقد يقال : التركة ملكهم خصوصا عند عدم دين على الميت ، وقد صادف إقرارهم ملكهم فأنى يرد بخلاف البينة فإنها حجة قائمة من غيرهم عليهم فيحتاط فيها وأما الإقرار فهو حجة منهم على أنفسهم فلا يتوقف على شىء آخر .

وأقول : ينبغى أن يحلفه القاضى مع الإقرار فيما إذا كان فى التركة دين مستغرق لعدم صحة إقرارهم فيها والحال هذه فيحلفه القاضى بطلب الغرماء ، إذا أقام بينة وبغير طلبهم لكن إذا صدقوه شاركهم لأنهم أقروا بأن هذا الشىء الذى هو بينهم خاص بهم لهذا فيه شركة معنا بقدر دينه تأمل .

قال فى البحر : ولم أر حكم من ادعى أنه دفع للميت دينه وبرهن ، هل يحلف وينبغى أن يحلف احتياطا اه .

قال الرملى : ينبغى أن لا يتردد فى التحليف أخذا من قولهم الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها وإذا كان كذلك فهو قد ادعى حقا للميت اه ذكره الغزى .

وأقول : ينبغى أن يقال بدل اللام على كما هو ظاهر .

وأقول : قد يقال إنما يحلف فى مسألة مدعى الدين على الميت احتياطا لاحتمال أنهم شهدوا باستصحاب الحال وقد استوفى فى باطن الأمر .

وأما فى مسألة دفع الدين فقد شهدوا على حقيقة الدفع فانتفى الاحتمال المذكور فكيف يقال ينبغى أن لا يتردد فى التحليف تأمل وسيأتى ذلك فى أواخر دعوى النسب (قوله بل يحبس) أى يحبسه القاضى ، لأنه

ليقرأو ينكر) درر وكذا لو لزم السكوت بلا آفة عند الثانى خلاصة .

قال فى البحر : وبه أفتيت لما أن الفتوى على قول الثانى فيما يتعلق بالقضاء اه .

ثم نقل عن البدائع الأشبه أنه إنكار فيستحلف قيدنا بتحليف الحاكم لأنهما لو (اصطلحا على أن يحلف عند غير قاض ويكون بريئا فهو باطل) لأن اليمين حق القاضى مع طلب الخصم

ظالم فجزاؤه الحبس (قوله ليقرأ وينكر) هذا عند أبى حنيفة وقالا يستحلفه كما فى المجمع وجه قولهما : إن كلاميه تعارضا وتساقطا فكأنه لم يتكلم بشىء فكان ساكتا والسكوت بلا آفة نكول فيستحلفه القاضى ويقضى بالنكول كما فى المنبع وفى البدائع هو الأشبه (قوله وكذا لو لزم السكوت بلا آفة عند الثانى) أى فإنه يحبس لأنه نكول حكما وهو قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ، وعند أبى يوسف السكوت ليس بإنكار ، فيحبس إلى أن يجيب صرح به السرخسى ، وقولهما : هو الأشبه كما فى البدائع وهو الصحيح كما فى المنبع ، وصرح فى روضة الفقهاء أن السكوت ليس بإنكار بلا خلاف .

وفى القنية والبزازية الفتوى على قول أبى يوسف فلو سكت الخصم بلا آفة وقضى صح وكذا لو نكل مرة لأن اليمين واجبة عليه لقوله عليه الصلاة والسلام « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » ترك هذا الواجب بالنكول دليل على أنه باذل ومقر وإلا قدم على اليمين تفصيا عن عهدة الواجب ودفعا للضرر عن نفسه ببذل المدعى أو الإقرار به والشرع ألزمه التورع عن اليمين الكاذبة دون الترفع عن اليمين الصادقة فترجح هذا الجانب أى جانب كون الناكل باذلا أو مقرا على جانب التورع فى نكوله كذا فى الدرر وسيأتى تمامه (قوله عند الثانى) وعندهما إذا لزم السكوت يؤخذ منه كفيل ، ثم يسأل جيرانه عسى أن يكون به آفة فى لسانه أو سمعه فإن أخبروا أنه لا آفة به يحضر مجلس الحكم فإن سكت ولم يجب ينزله منكرا أى فيحلف من غير حبس ط (قوله لما أن الفتوى على قول الثانى) أقول : ظهر مما هنا ومما تقدم أنه قد اختلف التصحيح والترجيح ولكن الأرجح قول أبى يوسف لما يقال فيه وعليه الفتوى وقد مر غير مرة ويأتى (قوله ثم نقل عن البدائع الخ) راجع إلى قول المتن وإذا قال الخ .

قال فى البحر : وفى المجمع : ولو قال لا أقر ولا أنكر فالقاضى لا يستحلفه قال الشارح : بل يحبس عند أبى حنيفة حتى يقر أو ينكر وقالا يستحلف وفى البدائع الأشبه أنه إنكار اه وهو تصحيح لقولهما فإن الأشبه من ألفاظ التصحيح كما فى البزازية .

فحاصل ما فى البحر : اختيار قول الثانى لو لزم السكوت بلا آفة فإنه يحبس حتى يقر أو ينكر واختيار قولهما فيما إذا قال : لا أقر ولا أنكر يقتضى اختيار جعله إنكارا فى مسألة السكوت بالأولى ، فكان نقل صاحب البحر تصحيح الثانى رجوعا عما أفتى به أولا فى مسألة السكوت ، فلذا قال الشارح : ثم نقل الخ . ليفيد أن تصحيح ما فى البدائع يقتضى تصحيح قول الإمامين فى الأولى ، ولا يشكل ما قدمناه عن روضة الفقهاء من أن السكوت ليس بإنكار بلا خلاف لأن الكلام هنا فيما إذا لزم السكوت ، وما هناك لا يعد نكولا بمجرد سكوته فيقضى عليه وشتان ما بينهما (قوله اصطلحا على أن يحلف الخ) سيذكر الشارح لو قال : إذا حلفت فأنت برىء من المال فحلف ، ثم برهن على الحق قبل لكن هنا اليمين من المدعى وسيأتى الكلام عليه ثمة (قوله لأن اليمين حق القاضى مع طلب الخصم) الأولى كما فى البحر عن القنية : لأن التحليف حق القاضى اه حتى لو أبرأه الخصم عنه لا يصح بزازية ، وكما أن التحليف عند غير القاضى ، لا يعتبر فكذلك

ولا عبرة ليمين ولا نكول عند غير القاضى (فلو برهن عليه) أى على حقه (يقبل وإلا يحلف ثانيا عند قاض) بزازية إلا إذا كان حلفه الأول عنده فيكفى درر .

ونقل المصنف عن القنية أن التحليف حق القاضى فما لم يكن باستحلافه لم يعتبر (وكذا لو اصطلحا أن المدعى لو حلف فالخصم ضامن) للمال (وحلف) أى المدعى (لم يضمن) الخصم لأن فيه تغيير الشرع (واليمين لاترد على مدع) لحديث « البينة على المدعى »

النكول عند غيره لا يوجب الحق ، لأن المعتبر يمين قاطعة للخصومة ، واليمين عند غير القاضى غير قاطعة درر . وكذلك لا عبرة لها عنده بلا تحليفه كما قيده بقوله مع طلب الخصم ، لكن الذى يشير إليه كلام الدرر، والعينى أن اليمين حق المدعى :

واستدل له فى الدرر بقوله : ولهذا أضيف إليه بحرف اللام فى الحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام « لك يمينه » قال : ووجه كونه حقا له أن المنكر قصد اتواء حقه الخ وكان الأولى له أن يعلل المسألة بقوله لأن المعتبر يمين قاطعة للخصومة الخ ثم يستدرك بما نقله المصنف عن القنية الآتى ذكره فلو فعل ذلك لسلم من التكرار (قوله ولا عبرة الخ) أى ولا يعتبر إبراؤه المعلق بهذا الشرط ، لأن الإبراء من الدين لا يصح تعليقه بالشرط كما تقدم (قوله فلو برهن عليه أى على حقه يقبل) هذا لا يصلح تفريعا على ما قبله ، فإنه لو حلف عند قاض ثم برهن المدعى يقبل كما سيأتى ح إلا أن يقال إنما فرعه عليه باعتبار قوله : وإلا يحلف ثانيا عند قاض : أى حيث لم يعتبر حلفه عند غير القاضى له تحليفه عند القاضى عند عدم البينة ، بخلاف مالو حلفه عندقاض فإنه لا يحلف ثانيا لأن الحلف الأول معتبر ، وهذا معنى قوله إلا إذاكان حلفه الخ (قوله إلا إذاكان حلفه الأول عنده) أى عند قاض فيكفى أى لا يحتاج إلى التحليف ثانيا هذا ولا موقع للاستثناء كما لا يخفى ح : أى لأنه استثناء منقطع ، لأن فرض المسألة فى أن الحلف الأول عند غير قاض . اللهم إلا أن يكون المراد عنده قبل تقلده القضاء تأمل وراجع (قوله درر) عبارتها يحلفه القاضى لو لم يكن حلفه الأول حين الصلح عنده (قوله ونقل المصنف عن القنية) هذه المسألة تغاير المتقدمة فى المتن فإن تلك فيما إذا حلف عند غير قاض وهذه فيما إذا حلف عند القاضى باستحلاف المدعى لا القاضى ح : أى وكما أنه لا يصح التحليف إلا عند القاضى لا يصح إلا بتحليف القاضى حتى لو أن الخصم حلف خصمه فى مجلس القاضى لا يعتبر لأن التحليف حق القاضى لاحق الخصم (قوله وكذا لو اصطلحا الخ) فى الواقعات الحسامية قبيل الرهن وعن محمد قال لآخر لى : عليك ألف درهم فقال له الآخر إن حلفت أنها لك أديتها إليك فحلف فأداها إليه المدعى عليه إن كان أداها إليه على الشرط الذى شرط فهو باطل ، وللمؤدى أن يرجع بما أدى ، لأن ذلك الشرط باطل لأنه على خلاف حكم الشرع لأن حكم الشرع أن اليمين على من أنكر دون المدعى اه بحر (قوله لم يضمن) ولو أدى له على هذا الشرط رجع بما أدى لأن هذا الشرط باطل كما علمت (قوله لحديث البينة على المدعى) تتمته « واليمين على ما أنكر » والدليل منه من وجهين(١) الأول أنه عليه الصلاة والسلام قسم بينهما والقسمة تنافى الشركة وجعل جنس الأيمان على المنكرين وليس وراء الجنس شىء .

الثانى : أن أل فى اليمين للاستغراق لأن لام التعريف تحمل على الاستغراق وتقدم على تعريف الحقيقة إذا لم يكن هناك معهود ، فيكون المعنى أن جميع الأيمان على المنكرين ، فلو رد اليمين على المدعى لزم المخالفة لهذا النص .

---

(١) (قوله من وجهين) هكذا بالأصل ولعله من وجوه بدليل المعدود وليحرر اه مصححه .

وحديث الشاهد واليمين ضعيف بل رده ابن معين بل أنكره الراوى عينى .

(برهن) المدعى (على دعواه وطلب من القاضى أن يحلف المدعى أنه محق فى الدعوى أو على أن الشهود صادقون أو محقون فى الشهادة لا يجيبه) القاضى إلى طلبته لأن الخصم لا يحلف مرتين فكيف الشاهد لأن لفظ أشهد عندنا يمين ولا يكرر اليمين لأنا أمرنا بإكرام الشهود ولذا لو (علم الشاهد أن القاضى يحلفه) ويعمل بالمنسوخ (له الامتناع عن أداء الشهادة) لأنه لا يلزمه بزازية (وبينة الخارج فى الملك المطلق) وهو الذى لم يذكر له سبب (أحق من بينة ذى اليد)

الثالث : إن قوله البينة على المدعى يفيد الحصر فيقتضى أن لا شىء عليه سواه . قال القسطلانى : والحكمة فى كون البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه إن جانب المدعى ضعيف ، لأن دعواه خلاف الظاهر فكانت الحجة القوية عليه وهى البينة ، لأنها لا تجلب لنفسها نفعا ولا تدفع عنها ضررا فيتقوى بها ضعف المدعى ؛ وجانب المدعى عليه قوى لأن الأصل فراغ ذمته فاكتفى فيه بحجة ضعيفة وهى اليمين ، لأن الحالف يجلب لنفسه النفع ويدفع عنها الضرر ، فكان ذلك فى غاية الحكمة اه وهذا من حيث ما ذكره ظاهر أى من ضعف اليمين وإلا فاليمين إذا كانت غموسا مهلكة لصاحبها فتأمل (قوله وحديث الشاهد واليمين) هو ما روى : « أنه عليه الصلاة والسلام قضى بشاهد ويمين » حلبى عن التبيين (قوله عينى) عبارته ولأنه يرويه ربيعة عن سهل بن أبى صالح وأنكره سهل فلا يبقى حجة بعد ما أنكره الراوى فضلا عن أن يكون معارضا لصحاح المشاهير اه (قوله وطلب من القاضى) يعنى المدعى عليه (قوله أن يحلف المدعى) المناسب أو الشهود ويأتى بضميرهم بعد بدل الاسم الظاهر ط (قوله أو على أن الشهود) أى أو طلب المدعى عليه من القاضى أن يحلف الشهود على أنهم صادقون كما يدل عليه اللحاق ح (قوله لا يجيبه القاضى) كما لا يجيب ذا اليد إذا طلب منه استحلاف المدعى ما تعلم أنى بنيت بناء هذه الدار قنية أى لأنه خلاف الشرع (قوله إلى طلبته) بكسر اللام ماطلبه والطلبة بالضم السفرة البعيدة والطلاب اسم مصدر طالب كالطلبة بالكسر قاموس (قوله لأن الخصم) فيه أنه لم يتقدم منه حلف فالأولى أن يعلل بقوله : لأنه خلاف الشرع ، ويجعل هذا التعليل للثانية ، وهو تحليف الشهود على الصدق أو أنهم محقون لا يجيبه لأن الخصم لا يحلف مرتين فكيف الشاهد (قوله لأن لفظ أشهد عندنا يمين) وإن لم يقل بالله فإذا طلب منه الشهادة فى مجلس القضاء وقال : أشهد فقد حلف (قوله لأنا أمرنا بإكرام الشهود) أى وفى التحليف تعطيل هذا الحق (قوله لأنه لا يلزمه) أى الأداء حينئذ (قوله وبينة الخارج) أى الذى ليس ذا يد (قوله فى الملك المطلق) قيد به لما سيأتى وأطلقه وهو مقيد بما إذا لم يؤرخا أو أرخا وتاريخ الخارج مساو أو أسبق ، أما إذا كان تاريخ ذى اليد أسبق ، فإنه يقضى له كما سيأتى بخلاف ما إذا ادعى الخارج الملك المطلق وذو اليد الشراء من فلان ، وبرهنا وأرخا وتاريخ ذى اليد أسبق ، فإنه يقضى للخارج كما فى الظهيرية وهذا بخلاف المقيد ، لأن البينة قامت على ما لايدل عليه اليد فاستويا وترجحت بينة ذى اليد باليد فيقضى له هذا هو الصحيح بحر (قوله وهو الذى لم يذكر له سبب) السبب كشراء وارث فالمطلق ما يتعرض للذات دون الصفات لا بنفى ولا إثبات ط (قوله أحق من بينة ذى اليد) أى أولى بالقبول منها لأن الخارج أكثر إثباتا وإظهارا لأن ملك ذى اليد ظاهر فلا حاجة إلى البينة ، يعنى لو ادعى خارج دارا أو منقولا مالكا مطلقا وذو اليد ادعى ذلك وبرهنا ولم يؤرخا أو أرخا تاريخا واحدا لا تقبل بينة ذى اليد ، ويقضى للخارج أما إذا كان تاريخ ذى اليد أسبق يقضى لذى اليد ، ثم يستوى الجواب بين أن يكون الخارج مسلما أو ذميا أو مستأمنا أو عبدا أو حرا أو امرأة أو رجلا ، وبقولنا فى هذه المسألة قال الإمام أحمد وقال الإمام مالك والشافعي وزفر بينة ذى اليد

لأنه المدعى والبينة له بالحديث بخلاف المقيد بسبب كنتاج ونكاح فالبينة لذى اليد إجماعا كما سيجىء (وقضى) القاضى (عليه بنكوله مرة) لو نكوله (فى مجلس القاضى) حقيقة (بقوله لا أحلف أو) حكما كأن (سكت) وعلم أنه (من غير آفة) كخرس وطرش فى الصحيح سراج وعرض اليمين ثلاثا ثم القضاء أحوط

أولى ط باختصار (قوله لأنه المدعى) أى وذو اليد مدعى عليه لانطباق تعريف المدعى والمدعى عليه عليهما (قوله بخلاف المقيد بسبب) أى لا يتكرر (قوله كنتاج) صورته أقام كل منهما بينة على أنها ولدت عنده فذو اليد أولى لأن بينته قد دلت على ما دلت عليه بينة الخارج أى على نظيره ومعه ترجيح اليد فكان أولى عينى (قوله ونكاح) صورته أقام كل منهما بينة أنه نكحها فذوا اليد أولى فالمراد بالملك ما يعم الحكمى (قوله فالبينة لذى اليد) أى فى الصورتين (قوله إجماعا) أى لأن بينته قامت على أولوية ملكه فلا يثبت للخارج إلا بالتلقى منه كما سيأتى بيانه مفصلا (قوله كما سيجىء) أى فيما يدعيه الرجلان والأولى ذكر هذه المسألة فى مقامها (قوله وقضى القاضى الخ) أى قضى عليه بما ادعاه المدعى وأفاد أن النكول لا يوجب شيئا إلا إذا اتصل به القضاء وبدونه لا يوجب شيئا وهو بذل على مذهب الإمام، وإقرار على مذهب صاحبيه وحيث لم يقدم على اليمين دل على أنه بذل الحق أو أقر وإذا بذل أو أقر وجب على القاضى الحكم به فكذا إذا نكل (قوله حقيقة) الأولى ذكره بعد قوله مرة لأن المتصف بكونه حقيقة وحكما أو صريحا ودلالة إنما هو النكول كما فى العينى (قوله أو حكما كأن سكت).

أقول: تقدم أنه ينزل منكرا على قولهما وعلى قول أبى يوسف يحبس إلى أن يجيب ولكن الأول فيما إذا لزم السكوت ابتداء، ولم يجب على الدعوى بجواب، وهذا فيما إذا أجاب بالإنكار ثم لزم السكوت تأمل كذا أفاده الخير الرملى. ومفاد ذكر المصنف للحكمى بالسكوت تصحيح لقولهما أيضا منقول عن السراج، كما تقدم اقتضاء تصحيحه عن البحر بعد أن أفتى بخلافه (قوله من غير آفة) أما إذا كان بها فهو عذر كما فى الاختيار ويأتى قريبا بيانه (قوله كخرس) وآفة باللسان تمنع الكلام أصلا (قوله وطرش) يقال طرش يطرش طرشا من باب علم أى صار أطروشا، وهو الأصم (قوله فى الصحيح) أى على قول الثانى الذى عليه الفتوى كما تقدم وقيل: إذا سكت يحبسه حتى يجيب، وأما إذا كان به آفة الخرس فإنه إما أن يحسن الكتابة، أو يسمع أولا يحسن شيئا فإذا لم يسمع وله إشارة معروفة فإشارته كالبيان، وإن كان مع ذلك أعمى نصب القاضى له وصيا، ويأمر المدعى بالخصومة معه إن لم يكن له أب أو جد أو وصيهما، وإذا كان يسمع يقول له القاضى عليك عهد الله وميثاقه إن كان كذا، فإن أومأ برأسه أن نعم، فإنه يصير حالفا فى هذا الوجه ولا يقول له بالله إن كان كذا لأنه إن أشار برأسه أن نعم لا يصير حالفا بهذا الوجه بل مقرا كما فى شرح الوهبانية (قوله وعرض) مبتدأ خبره قوله ثم القضاء (قوله أحوط) أى على وجه الندب، وإنما لم يعرج عليه المصنف لأنه غير ظاهر الرواية قال فى الكافى ينبغى للقاضى أن يقول إنى أعرض عليك اليمين ثلاث مرات، فإن حلفت وإلا قضيت عليك بما ادعى، وهذا الإنذار لإعلامه بالحكم إذ هو مجتهد فيه فكأنه مظنة الخفاء اهـ وعن أبى يوسف ومحمد: أن التكرار حتم حتى لو قضى القاضى بالنكول مرة لا ينفذ والصحيح أنه ينفذ وهو نظير إمهال المرتد كما فى التبيين.

قال القهستانى: لو كان مع الخصم بينة ولم يذكرها، وطلب يمين المنكر يحل له إن ظن أنه ينكل: وأما إذا ظن أنه يحلف كاذبا لم يعذر فى التحليف ثم على الأحوط، ذكر فى الخانية ولو أن القاضى عرض عليه اليمين فأبى، ثم قال قبل القاضى أنا أحلف يحلفه ولا يقضى عليه بشىء، وهذا الأحوط جعله صدر الشريعة متنا فتنبه. لكن جعله ابن ملك

(وهل يشترط القضاء على فور النكول خلاف) درر ولم أر فيه ترجيحا قاله المصنف .

قلت : قدمنا أنه يفترض القضاء فورا إلا فى ثلاث (قضى عليه بالنكول ثم أراد أن يحلف لا يلتفت إليه والقضاء على حاله) ماض درر فبلغت طرق القضاء ثلاثا وعدها فى الأشباه سبعا بينة وإقرار ويمين ونكول عنه وقسامة وعلم قاض على المرجوح والسابع قرينة قاطعة كأن ظهر من دار خالية إنسان خائف بسكين متلوث بدم فدخلوها فورا فرأوا مذبوحا لحينه أخذ به إذلايمترى أحد أنه قاتله.

مستحبا فى موضع الخفاء ويترجح ما فى الخانية بكون المتن منع الحلف بعد القضاء فأفهم أنه قبله لا يمنع منه (قوله وهل يشترط) الأولى وهل يفترض (قوله على فور النكول خلاف) أى فيه خلاف ولم يبين الفور بما إذا يكون حموى .

قال ط : قلت : هو ظاهر وهو أن يقضى عقبه من غير تراخ قبل تكراره أو بعده على القوابن (قوله قلت قدمنا) أى فى كتاب القضاء أى وجزمهم هناك به مطلقا حيث شمل كلامهم هناك ما بعد البينة والإقرار، والنكول ترجيح لزوم الفور الذى هو أحد القوابن ، وكأن المصنف غفل عنه حيث قال فيه :لم أر فيه ترجيحا إلا أن الحموى فى حاشية الأشباه قال : اعلم أنه يجب على القاضى الحكم بمقتضى الدعوى عند قيام البينة على سبيل الفور ،وعزاه لجامع الفصولين وقد خصه بالبينة كما ترى فلايفيد ترجيح أحد القوابن فى لزوم القضاء فورا بعد النكول،وحينئذ فما ذكر من الاستدراك فحله بعد البينة أو اليمين فتدبر (قوله إلا فى ثلاث) قدمنا أنها أن يرتاب القاضى فى طريق القضاء كالبينة وأن يستمهل الخصم أى المدعى ،وأن يكون لرجاء الصلح بين الأقارب، وظاهره أنه لا خلاف (قوله لايلتفت إليه) لأنه أبطل حقه بالنكول فلا ينقض به القضاء قيد بالقضاء ، لأنه قبله إذا أراد أن يحلف يجوز ، ولو بعد العرض كما فى الدرر أما لو أقام البينة بعد النكول فإنها تقبل كما يأتى قريبا (قوله فبلغت طرق القضاء ثلاثا) بينة وإقرار ونكول وهو تفريع على قوله فإن أقر أو أنكر الخ (قوله سبعا) فيه أن القضاء بالإقرار مجاز كما تقدم والقسامة داخله فى اليمين ، وعلم القاضى مرجوح والقرينة مما انفرد بذكرها ابن الغرس فرجعت إلى ثلاث فتأمل ط (قوله بينة) لاشك أن البينة طريق للقضاء وأن الحكم لايثبت بالبينة حتى يقضى بها كما تقدم (قوله وإقرار) تقدم أن الحق يثبت به بدون حكم وإنما يأمره القاضى بدفع ما لزمه بإقراره وليس لزوم الحق بالقضاء كما لو ثبت بالبينة ، فجعل الإقرار طريقا للقضاء إنما هو ظاهرا وإلا فالحق ثبت به لا بالقضاء (قوله ويمين) ليس اليمين طريقا للقضاء لأن المنكر إذا حلف وعجز المدعى عن البينة يترك المدعى فى يده لعدم قدرة المدعى على إثباته لاقضاء له بيمينه كما صرحوا به ، ولذا لوجاء المدعى بعد ذلك بالبينة يقضى له بها ، ولو ترك المال فى يده قضاء له لم ينقض فجعله طريقا للقضاء إنما هو ظاهر باعتبار أن القضاء يقطع النزاع ، وهذا يقطعه لأن الإتيان بالبينة بعد العجز عنها نادر (قوله ونكول عنه) الفرق بين النكول والإقرار أن الإقرار موجب للحق بنفسه لايتوقف على قضاء القاضى ،فحين الإقرار يثبت الحق كما ذكرنا وأما النكول فليس بإقرار صريحا ،ولا دلالة لكن يصير إقرارا بقضاء القاضى بإنزاله مقرا ، وعليه يظهر كونه رابعا أما لو أرجعناه إلى الإقرار ، فلا يظهر كونه رابعا كما فى المحيط (قوله وقسامة) قال المصنف وسيأتى أن القسامة من طرق القضاء بالدية (قوله وعلم قاض على المرجوح) وظاهر ما فى جامع الفصولين أن الفتوى أنه لايقضى بعلمه لفساد قضاة الزمان بحر (قوله والسابع قرينة) ذكر ذلك ابن الغرس قال فى البحر ولم أره إلى الآن لغيره اه .

قال بعض الأفاضل : صريح قول ابن الغرس فقد قالوا إنه منقول عنهم لا أنه قاله من عند نفسه ، وعدم

(شك فيما يدعى عليه ينبغى أن يرضى خصمه ولا يحلف) تحرزا عن الوقوع فى الحرام (وإن أبى خصمه إلا حلفه أن أكبر رأيه أن المدعى مبطل حلف وإلا) بأن غلب على ظنه أنه محق (لا) يحلف بزازية (وتقبل البينة او أقامها) المدعى وإن قال قبل اليمين لا بينة لى سراج خلافا لما فى شرح المجمع عن المحيط (بعد يمين المدعى عليه

رؤية صاحب البحر له لا يقتضى عدم وجوده فى كلامهم ، والمثبت مقدم . لكن. قال الخير الرملى : ولاشك أن مازاده ابن الغرس غريب خارج عن الجادة ، فلا ينبغى التعويل عليه مالم يعضده نقل من كتاب معتمد فلا تغتر به والله تعالى أعلم اه .

والحق أن هذا محل تأمل ، ولا يظن أن فى مثل ذلك يجب عليه القصاص مع أن الإنسان قد يقتل نفسه وقد يقتله آخر ويفر . وقد يكون أراد قتل الخارج فأخذ السكين ،وأصاب نفسه فأخذها الخارج وفرمنه ،وخرج مذعورا وقد يكون اتفق دخوله فوجده مقتولا فخاف من ذلك وفر وقد يكون السكين بيد الداخل فأراد قتل الخارج ، ولم يتخلص منه إلا بالقتل ، فصار دفع الصائل ، فلينظر التحقيق فى هذه المسألة .

والحاصل : أن القضاء فى الإقرار مجاز والقسامة داخلة فى اليمين وعلم القاضى مرجوح والقرينة مما انفردبها ابن الغرس فرجعت إلى ثلاث فتأمل لكن فى المجلة فى مادة ١٧٤١ قد اعتبر القرينة القاطعة البالغة حد اليقين وصدر الأمر السلطانى بالعمل بموجبها (قوله ينبغى) أى تورعا ندبا بدليل قوله تحرزا لأن اتقاء الشبهات مندوب لا واجب ، وهو عند من يضن بدينه بمنزلة الواجب خوفا من اليمين الفاجرة التى تدع الديار بلاقع أى خالية عن أهلها وخوفا من أكل مال الغير لكن قد يقال : أن التحرز عن الحرام واجب لا مندوب تأمل (قوله وأن أبى خصمه) هذه غير مسألة الشك وقوله بأن غلب على ظنه أنه محق تقدم أن الشك نظيره (قوله حلف) لجواز بناء الأحكام والحلف على غالب الظن وإلا سلم أن لا يفعل بذلا للدنيا لحفظ الدين بل لو تحقق أبطال المدعى الأولى فى حقه أن يبذل له ما يدعيه ولا يحلف كما فعله السلف الصالح منهم عثمان ابن عفان رضى الله تعالى عنه (قوله بأن غلب على ظنه) ظاهر هذه العبارة مشكل لأنه يقتضى أنه إذا استوى عنده الطرفان أنه يحلف، وليس كذلك بل لا يجوز له الحلف إلا إذا غلب على ظنه أنه محق والشارح هنا تبع المصنف فى هذه العبارة ، والذى نقله فى البحر عن البزازية أن أكبر رأيه أن المدعى محق لا يحلف ، وأن مبطل ساغ له الحلف وهو فى غاية الحسن (قوله وتقبل البينة الخ) لإمكان التوفيق بالنسيان ثم بالتذكر بخلاف مالو قال : ليس لى حق ثم ادعى حقا لم تسمع للتناقض (قوله خلافا لما فى شرح المجمع) عبارة ابن ملك فيه وفى المحيط : إذا قال ليس لى بينة على هذا ثم أقام البينة عليه لا تقبل عند أبى حنيفة لأنه كذب بينته وتقبل عند محمد ، لأنه يحتمل أنه كان له بينة ونسيها انتهى ، فقد ذكر خلافا فى المسألة لكنه لم يتعرض لليمين ورجع فى السراجية قول محمد وفى الدرر قال: لا بينة لى ثم برهن أولا شهادة ثم شهد فيه روايتان فى رواية لا تقبل لظاهر التناقض ، وفى رواية تقبل والأصح القبول وحينئذ فلا منافاة بين ماذكره وبين مافى المجمع بل حكى قولين تأمل ، لكن الآن قد صدر أمر السلطان نصره الرحمن بالعمل بموجب المجلة من أنه إذا قال المدعى : لا بينة لى أبدا ثم أحضر بينة لا تقبل أو قال : ليس لى بينة سوى فلان وفلان وأتى بغيرهما لاتقبل كما هو مصرح به فى المجلة فى مادة ١٧٥٣ (قوله بعد يمين المدعى عليه) لأن حكم اليمين انقطاع الخصومة للحال مؤقتا إلى غاية احضار البينة عند العامة وهو الصحيح ، وقيل انقطاعها مطلقا ط وقوله بعد اليمين متعلق بتقبل : أى لو حلف المدعى عليه عند عدم حضور البينة من المدعى سواء قال :

كما تقبل البينة بعد القضاء بالنكول خانية (عندالعامة) وهو الصحيح لقول شريح : اليمين الفاجرة أحق أن ترد من البينة العادلة ولأن اليمين كالخلف عن البينة فإذا جاء الأصل اه حكم الخلف كأنه لم يوجد أصلا بحر (ويظهر كذبه بإقامتها) أى البينة (لو ادعاه) أى المال (بلا سبب فحلف) أى المدعى عليه ثم أقامها

لا بينة لى أولا ثم أتى بها تقبل (قوله كما تقبل البينة بعد القضاء بالنكول) أى لو نكل المدعى عليه عن اليمين وقضى عليه بالنكول ثم جاء المدعى بالبينة يقضى بها أى كما يقضى بها مع الإقرار فى مسائل وقد مرت ، فإن قيل ما فائدة قبولها بعده ، وقد لزم حق المدعى بالقضاء .

قلت : فائدتها التعدى إلى غيره فى الرد بالعيب لأن النكول إقرار وهو حجة قاصرة بخلاف البينة (قوله خانية) قال فى البحر ثم اعلم أن القضاء بالنكول لايمنع المقضى عليه من إقامة البينة بما يبطله لما فى الخانية من باب ما يبطل دعوى المدعى رجل اشترى من رجل عبدا فوجد به عيبا ، فخاصم البائع فأنكر البائع أن يكون العيب عنده ، فاستحلف فنكل فقضى القاضى عليه ، وألزمه العبد ثم قال البائع بعد ذلك قد كنت تبرأت إليه من هذا العيب وأقام البينة قبلت بينته اه .

أقول : إن كان مبنى ماذكره من القاعدة هو ما نقله عن الخانية ففيه نظر ، فإن نكوله عن الحلف بذل أو إقرار بأن العيب عنده فإقامته البينة بعده على أنه تبرأ إليه من هذا العيب مؤكد لما أقر به فى ضمن نكوله ، أما لو ادعى عليه مالا ونكل عن اليمين ، فقضى عليه بهيكون إقرارا به وحكما به ، فإذا برهن على أنه كان قضاه إياه يكون تناقضا ونقضا للحكم فبين المسألتين فرق ، فكيف تصح قاعدة كلية ثم لايخفى أن كلام البحر فى إقامة المقضى عليه البينة ، وظاهر كلام الشارح أن المدعى هو الذى أقام البينة كما يدل عليه السياق فلا يدل عليه ما فى الخانية من هذا الوجه أيضا .

وعبارة صاحب البحر فى الأشباه : وتسمع الدعوى بعد القضاء بالنكول كمافى الخانية قال محشيها الحموى فى الخانية فى باب ، ما يبطل دعوى المدعى ما يخالف ما ذكره وعبارته : ادعى عبدا فى يدرجل أنه له فجحد المدعى عليه ، فاستحلفه فنكل وقضى عليه بالنكول ، ثم إن المقضى عليه أقام البينة أنه كان اشترى هذا العبد من المدعى قبل دعواه لا تقبل هذه البينة إلا أن يشهدأنه كان اشتراه منه بعد القضاء ، وذكر فى موضع آخرأن المدعى عليه وقال : كنت اشتريته منه قبل الخصومة وأقام البينة قبلت بينته ، ويقضى له انتهى .

قلت : وذكر فى البحر فى فصل رفع الدعوى عن البزازية وكما يصح الدفع قبل البرهان يصح بعد إقامته أيضا ، وكذا يصح قبل الحكم كما يصح بعده ودفع الدفع ودفعه وإن كثر صحيح فى المختار ، وسنذكر تمامه هناك إن شاء الله تعالى لكن ذكر فى البحر فى أول فصل دعوى الخارجين عن النهاية ما نصه : ولو لم يبرهنا حلف صاحب اليد ، فإن حلف لهما تترك فى يده قضاء ترك لاقضاء استحقاق ، حتى لو أقاما البينة بعد ذلك يقضى بها وإن نكل لهما جميعا يقضى به بينهما نصفين ثم بعده إذا أقام صاحب اليد البينة أنه ملكه لايقبل، وكذا لو ادعى أحد المستحقين على صاحبه ، وأقام بينة أنها ملكه لاتقبل لكونه صار مقضيا عليه اه ولعله مبنى على القول الآخر المقابل للقول المختار تأمل (قوله عند العامة وهو الصحيح) راجع إلى القضاء بالبينة بعد اليمين بدليل تعليله بقول سيدنا شريح إذ لايمين فاجرة مع النكول وبدليل قوله : ولأن اليمين الخ والمراد بالعامة الكافة لاما قابل الخاصة (قوله ويظهر كذبه) فيعاقب معاقبة شاهد الزور ولو ألحق بيمينه يمين طلاق أو عتاق يقع عليه (قوله بلا سبب) تقدم أنه لا يصح دعوى إلا بعد ذكر سببه والحلف لابد أن يكون بعد صحة الدعوى

حتى يحنث فى يمينه وعليه الفتوى طلاق الخانية خلافا لإطلاق الدرر (وإن) ادعاه (بسبب فحلف) أنه لادين عليه (ثم أقامها المدعى على السبب لا) يظهر كذبه لجواز أنه وجد العرض ثم وجد الإبراء أو الإيفاء وعليه الفتوى فصولين وسراج وشمنى وغيرهم

تأمل . فكيف يقال : لو ادعاه بلا سبب اللهم إلا أن يقال إن هذا فى دعوى عين لادين (قوله حتى يحنث فى يمينه) أى لو كان بطلاق أو عتاق لأنه هو الذى يدخل تحت القضاء (قوله وعليه الفتوى) وهو قول أبى يوسف (قوله طلاق الخانية) وعبارتها : ادعى عليه ألفا فقال المدعى عليه إن كان لك على ألف فامرأتى طالق ، وقال المدعى : إن لم يكن لى عليك ألف فامرأتى طالق ، فأقام المدعى بينة على حقه وقضى القاضى به وفرق بين المدعى عليه وبين امرأته ، وهذا قول أبى يوسف وإحدى الروايتين عن محمد وعليه الفتوى ، فإن أقام المدعى عليه البينة بعد ذلك أنه كان أوفاه ألف درهم تقبل دعواه ، ويبطل تفريق القاضى بين المدعى عليه ، وبين امرأته ، وتطلق امرأة المدعى إن زعم أنه لم يكن له على المدعى عليه إلا ألف درهم وإن أقام المدعى البينة على إقرار المدعى عليه بألف قالوا لم يفرق القاضى بين المدعى عليه وبين امرأته .

أقول : ظهر لك مما نقلناه ومن عبارة الشارح أن عبارة الشارح غير محررة لأن الذى نقله فى البحر عن طلاق الخانية والولوالجية من الحنث مطلق عن التقييد بالسبب . وعدمه ، وما فى الدرر من عدم الحنث مطلقا جعلوه إحدى الروايتين عن محمد ، والذى جعلوا الفتوى عليه هو الرواية الثانية عنه ، وهو قول أبى يوسف والتفصيل المذكور فى المتن ذكره فى جامع الفصولين ، وسنذكره قريبا إن شاء الله تعالى (قوله خلافا لإطلاق الدرر) تبعا للتبيين وعبارتها : وهل يظهر كذب المنكر بإقامة البينة والصواب أنه لا يظهر كذبه حتى لا يعاقب عقاب شاهد الزور اه ومثله فى العينى تبعا للزيلعى ، وقيل عند أبى يوسف : يظهر كذبه وعند محمد لا يظهر ، لجواز أن يكون له بينة أو شهادة فنسيها ، ثم ذكرها أو كان لا يعلمها ثم علمها وقيل : تقبل إن وفق وفاقا ذكره فى الملتقط ، وكذا إذا قال لا دفع لى ثم أتى بدفع ففيه روايتان ، وقيل : لا يصح دفعه اتفاقا لأن معناه ليس لى دعوى الدفع ومن قال : لا دعوى لى قبل فلان ثم ادعى عليه لاتسمع كذا ههنا وبعضهم قال : يصح وهو الأصح لأن الدفع يحصل بالبينة على دعوى الدفع لابدعوى الدفع فيكون قوله لادفع لى بمنزلة قوله لا بينة لى كذا فى العمادية (قوله وإن ادعاه بسبب) كقرض (قوله أنه لادين عليه) ظاهره أنه لو حلف أنه لم يقرضه يحنث وهو ظاهر ط (قوله ثم أقامها المدعى) سيعيد الشارح المسألة فى أثناء هذا الباب (قوله ثم وجد الإبراء أو الإيفاء) بحث فيه العلامة المقدسى بأن الأصل فى الثابت أن يبقى على ثبوته وقد حكمتم لمن شهد له بشىء أنه كان له أن الأصل بقاؤه ، وإذا وجد السبب ثبت والأصل بقاؤه انتهى .

وأجاب عنه سيدى الوالد رحمه الله تعالى بأن إثبات كون الشىء له يفيد ملكيته له فى الزمن السابق واستصحاب هذا الثابت يصلح لمدفع من يعارضه فى الملكية بعد ثبوتها له : وقد قالوا الاستصحاب يصلح للدفع لاللإثبات وإذا أثبتنا الحنث بكون الأصل بقاء القرض يكون من الإثبات بالإستصحاب وهو لايجوز فالفرق ظاهر فتأمل (قوله وعليه الفتوى) أى على التفصيل الذى فى المصنف ، ومقابله إطلاق الدرر تبعا للزيلعى بل هو الذى عن إطلاق الخانية كما يفيده سياق المنح ويستغنى بعبارته هنا عن قوله أولا وعليه الفتوى طلاق الخانية ط (قوله فصولين) قال فى البحر وفى الجامع والفتوى فى مسألة الدين أنه لو ادعاه بلا سبب فحلف ثم برهن ظهر كذبه ولو ادعاه بسبب ، وحلف أنه لا دين عليه ثم برهن على السبب لا يظهر كذبه لجواز أنه وجد القرض ثم وجد الإبراء أو الإيفاء اه .

فإن قلت : هل يقضى بالنكول عن اليمين لنفى التهمة كالأمين إذا ادعى الرد أو الهلاك ، فحلف ونكل وعن اليمين التى للاحتياط فى مال الميت كما قدمناه .

قلت : أما الأول فنعم كما فى القنية وأما الثانى فلم أره اه وعبارة البحر قال الرملى : والوجه يقتضى القضاء بالنكول فيها أيضا إذ فائدة الاستحلاف القضاء بالنكول كما هو ظاهر تأمل قال فى نور العين حلف أن لا دين عليه ثم برهن عليه المدعى ، فعند محمد لا يظهر كذبه فى يمينه إذالبينة حجة من حيث الظاهر ، وعند أبى يوسف يظهر كذبه فيحنث ، والفتوى فى مسألة الدين : أنه لو ادعاه بلا سبب فحلف ثم برهن عليه يظهر كذبه ، ولو ادعاه بسبب وحلف أن لادين عليه ، ثم برهن على السبب لا يظهر كذبه لجواز أن وجد القرض ، ثم وجد الإيفاء أو الإبراء .

قلت : حلف بطلاق أو عتق ماله عليه شىء فشهدا عليه بدين له وألزمه القاضى ، وهو ينكر قال أبو يوسف يحنث وقال محمد : لا يحنث لأنه لا يدرى لعله صادق والبينة حجة من حيث الظاهر ، فلا يظهر كذبه فى يمينه .

ذكر محمد فى ح قال : امرأته طالق إن كان لفلان عليه شىء فشهدا أن فلانا أقرضه كذا قبل يمينه ، وحكم بالمال لم يحنث ، ولو شهدا أن لفلان عليه شيئا وحكم به حنث لأنه جعل شرط حنثه وجوب شىء من المال عليه ، وقت اليمين وحين شهدا بالقرض لم يظهر كون المال عليه وقت الحلف بخلاف ما لو شهدا أن المال عليه .

يقول الحقير : قوله : بخلاف مالو شهدا محل نظر إذ كيف يظهر كون المال عليه إذا شهدا بأن المال عليه بعد أن مر آنفا أن البينة حجة ظاهرا ، فلا يظهر كذبه فى يمينه ، وأيضا يرد عليه أن يقال فعلى ماذكر ، ثم ينبغى أن يحنث فى مسألة الحلف بطلاق أو عتق أيضا إذ لاشك أن الحالف عليهما لا يكون إلا بطريق الشرط أيضا .

والحاصل : أنه ينبغى أن يتحد حكم المسألتين نفيا أو إثباتا والفرق تحكم فالعجب كل العجب من التناقض بين كلامى محمد رحمه الله تعالى مع أنه إمام ذوى الأدب والأرب إلا أن تكون إحدى الروايتين عنه غير صحيحة اه ماقاله فى أواخر الخامس عشر (قوله ولا تحليف فى نكاح) أى مجرد عن المال عند الإمام رحمه الله تعالى بأن ادعى رجل على امرأة أو هى عليه نكاحا والآخر ينكر أما إذا ادعت المرأة تزوجها على كذا وادعت النفقة وأنكر الزوج يستحلف اتفاقا ؛ وهذه المسائل خلافية بين الإمام وصاحبيه ، والخلاف بينهم مبنى على تفسير الإنكار فقالا : إن النكول إقرار لأنه يدل على كونه كاذبا فى الإنكار فكان إقرارا أو بدلا عنه والإقرار يجرى فى هذه الأشيله وقال الإمام : إنه بذل والبذل لايجرى فى هذه الأشياء لأنه إنما يجرى فى الأعيان . وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول ، فلا يستحلف ، وإنما قلنا إن البذل لايجرى فى هذه المسائل ، لأنها لو قالت المرأة لانكاح بينى وبينك ولكن بذلت نفسى لك لم يصح ولو قال فى دعوى الولاء عليه : لست أنا مولاه بل أنا حر أو معتق فلان آخر ولكن أبحت له ولائى لايكون له عليه ولاء وكذا سائر الأمثلة وسيأتى بيانه قريبا بأوضح من هذا ، وصورة الاستحلاف فى النكاح على قولهما أن يقول فى يمينه ماهى بزوجة لى وإن كانت زوجة لى فهى طالق بائن لأنها إن كانت صادقة لايبطل النكاح بجحوده فإذا حلف تبقى معطلة إن لم يقل ماذكر ، ولا يلزمه مهر فإن أبى الحلف على هذه الصورة أجبره القاضى بحر عن البدائع ، وسيأتى أنه بالنكول عن الحلف يثبت مادعته من الصداق أو النفقة دون النكاح ، فإن كان مدعى النكاح ، وهو الزوج لم يجز له تزوج أختها أو أربع سواها مالم يطلقها ، وإن كانت الزوجة وأنكره الزوج فليس لها التزوج بسواه ، والمخلص لها ماذكرناه إن كانت زوجة لى الخ وفى القنية يستحلف فى دعوى الإقرار بالنكاح قال فى البحر وظاهره أنه باتفاق اه .

أنكره هو أو هى (ورجعة) جحدها هو أو هى بعد عدة (وفىء) إيلاء أنكره أحدهما بعد المدة (واستيلاد) تدعيه الأمة ولا يتأتى عكسه لثبوته بإقراره (ورق ونسب) بأن ادعى مجهول أنه على قنه أو ابنه

أقول : وهذا إذا لم يجعل الإقرار سببا لدعوى النكاح بأن ادعى أنها زوجته لأنها أقرت بالزوجية لى أما لو ادعى نكاحها وأنها أقرت له به فإنها تسمع قال فى الهندية : وكما لاتصح دعوى المال بسبب الإقرار لاتصح دعوى النكاح أيضا (قوله أنكره هو أو هى) قال فى البحر ثم الدعوى فى هذه الأشياء تتصور من أحد الخصمين أيهما كان إلا فى الحد واللعان والإستيلاد وقد فرعوا فروعا على قول الإمام فى هذه المسائل محل بيانها المطولات (قوله بعد عدة) قيد للثانى كما فى الدرر أما قبل مضى العدة يثبت بقوله : وإن كذبته لأنه أمر يملك استئنافه للحال ولو ادعتها هى فيها فهى من مواضع الخلاف ولو ادعاها بعد مضيها وصدقته ثبت بتصادقهما بحر . ولو كذبته ولا بينة فعلى قولهما يحلف لا على قوله وهى مسألة المتن وكذا لو ادعت أنه راجعها وكذبها (قوله وفىء إيلاء) زاد الشارح لفظة إيلاء لتوضيح المسألة وإلا فالفىء لايستعمل فى عرف الفقهاء إلا فى فىء الإيلاء فهو بمنزلة الحقيقة العرفية (قوله بعد المدة) ولو فيها ثبت بقوله لأنه يملك الاستئناف لو كان المدعى الزوج ولو كانت هى فهى من مواضع الخلاف . وصورة المسألة : لو حلف لايقربها أربعة أشهر ثم قال : فئت وأنكرت فلو ادعاه فى مدة الإيلاء ثبت بقوله : لأن من ملك الإنشاء ملك الإقرار ، ولو بعد مضيها فإن صدقته ثبت وإلا لا أما لو ادعت أنه فاء إليها وأنكر الزوج فلا يثبت سواء كانت فى المدة أو بعدها .

والحاصل : أن التقييد به لايظهر إلا فيما إذا ادعى عليها رجعة فأنكرت لأنه إذا ادعى فى العدة الرجعة كان رجعة وأما إذا ادعت هى الرجعة فأنكر فلا لأن دعواها فى العدة وبعدها سواء (قوله تدعيه الأمة) بأنها ولدت منه ولدا وقدمات أو أسقطت سقطا مستبين الخلق وصارت أم ولد وأنكره المولى فهو على هذا الخلاف ابن كمال (قوله لثبوته باقراره) ولا يعتبر إنكارها وكذا الحد واللعان بخلاف سائر الأشياء المذكورة إذ يتأتى فيها الدعوى من الجانبين شيخنا عن الدرر وعزمى زاده ، وقوله : وكذا الحد واللعان أى لايتصور أن يكون المدعى إلا المقذوف والأمة أى المقذوف بالنسبة للحد واللعان والأمة بالنسبة للاستيلاد فما فى الزيلعى من قوله : والمولى سبق قلم والصواب والأمة .

بقى أن يقال : ظاهر كلام الشارح كغيره أنها ادعت الاستيلاد مجردا عن دعوى اعترافه والذى فى صدر الشريعة ادعت أنها ولدت منه هذا الولد ، وادعاه أى ادعت أنه ادعاه فهو من تتمة كلامها كما ذكره أخى جلبى ، والذى يظهر أن التقييد به ليس احترازيا بل يبتنى على ما هو المشهور من أنه يشترط لثبوت نسب ولد الأمة وجود الدعوى من السيد ، وعلى غير المشهور لايشترط ذلك ، بل يكفى عدم نفيه ، وكذا ظاهر كلامهم ادعت أمة يفيد الإحتراز عن دعوى الزوجة ، ويخالفه قول القهستانى بعد قول المتن واستيلاد بأن ادعى أحد من الأمة والمولى والزوجة والزوج أنها ولدت منه ولدا حيا أو ميتا كما فى قاضيخان . ولكن فى المشاهير أن دعوى الزوج والمولى لاتتصور ، لأن النسب يثبت بإقراره ولا عبرة لإنكارها بعده ويمكن أن يقال إنه بحسب الظاهر لم يدع النسب كما يدل عليه تصويرهم اهـ أبو السعود قال البرجندى : ويمكن تصوير العكس فيه أيضا بأن حبلت من المولى فأعتقها قبل وضع الحمل وبعد قرب الولادة قتلت الولد ، وادعى المولى دية الولد عليها ، ولابد من ثبوت الولد فأنكرت الأمة ذلك اهـ وفيه تأمل (قوله ونسب) قال فى المنظومة : وولاد قال فى الحقائق لم يقل ونسب لأنه إنما يستحلف فى النسب المجرد عندهما إذا كان يثبت باقراره كالأب والابن فى حق الرجل والأب فى حق المرأة

وبالعكس (وولاء) عتاقة وموالاة ادعاه الأعلى أو الأسفل (وحد ولعان والفتوى على أنه يحلف) المنكر (فى الأشياء السبعة) ومن عدها ستة ألحق أمومية الولد بالنسب أو الرق .

والحاصل : أن المفتى به التحليف فى الكل إلا فى الحدود ومنها حد قذف ولعان

ابن كمال (قوله وبالعكس) بأن ادعى مجهول الحال على رجل أنه مولاه، وأنكر المولى أو ادعى مجهول الحال عليه أنه أبوه وهذا فى دعوى نسب مجرد عن المال أما إذا ادعى مالا بدعوى النسب بأن ادعى رجل على رجل أنه أخوه وقد مات الأب وترك مالا فى يد هذا ، وطلب الميراث أو ادعى على رجل أنه أخوه لأبيه وطاب من القاضى أن يفرض له النفقة ، وأنكر المدعى عليه ذلك فالقاضى يحلفه اتفاقا ، فإن نكل ثبت الحق ، ولا يثبت النسب إن كان مما لايثبت بالإقرار ، وإن كان منه فعلى الخلاف المذكور ، وحينئذ فيلغز أى شخص أخذ الإرث ولم يثبت نسبه ط عن الحموى بزيادة وفيه عن الإتقانى : يثبت الاستحلاف عند أبى يوسف ومحمد فى النسب المجرد بدون دعوى حق آخر ، ولكن يشترط أن يثبت النسب بإقرار المقر : أى يكون النسب بحيث يثبت بالإقرار ، أما إذا كان بحيث لايثبت النسب باقرار المقر فلا يجرى الاستحلاف فى النسب المجرد عندهما أيضا بيانه أن إقرار الرجل يصح بخمسة بالوالدين والولد والزوجة والمولى، لأنه إقرار بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير ، ولا يصح إقراره بما سواهم ويصح إقرار المرأة بأربعة بالوالدين والزوج والمولى ولا يصح بالولد ومن سوى هؤلاء لأن فيه تحميل النسب على الغير إلا إذا صدقها الزوج فى إقرارها بالولد أو تشهد بولادة الولد قابلة (قوله وولاء عتاقة) أى بأن ادعى على معروف الرق أنه معتقه أو مولاه (قوله أو موالاة) أى ادعى عليه أنه مولاه (قوله ادعاه الأعلى أو الأسفل) بأن ادعى على رجل معروف أنه مولاه أو ادعى المعروف ذلك وأنكر الآخر قال أبو السعود : وأشار إلى عدم الفرق فى دعوى الولاء بين المعروف والمجهول بخلاف دعوى الرق والنسب فإن مجهولية نسب المدعى على رقه ، ونسبه شرط صحة الدعوى شيخنا .

قلت : ولهذا قال الشمنى فى جانب دعوى الولاء بأن ادعى رجل على آخر بأن له عليه ولاء عتاقة أو موالاة أو العكس اهـ ولم يقيد بالمجهول (قوله وحد ولعان) هذان مما لايحلف فيهما اتفاقا ، أما على قول الإمام فظاهر وأما على قولهما فإن النكول وإن كان إقرارا عندهما لكنه إقرار فيه شبهة والحدود تندرئ بالشبهات واللعان فى معنى الحد ط (قوله والفتوى الخ) هو قول الصاحبين قال الزيلعى وهو قولهما والأول قول الإمام . قال الرملى : ويقضى عليه بالنكول عندهما (قوله فى الأشياء السبعة) أى السبعة الأولى من التسعة وعبر عنها فى جامع الفصولين بالأشياء السبعة . وفيه ادعى نكاحها فحيلة دفع اليمين عنها على قولهما : أن تتزوج فلا تحلف ، لأنها لو نكلت فلا يحكم عليها لأنها لو أقرت بعدما تزوجت لم يجز إقرارها ، وكذا لو أقرت بنكاح لغائب . قيل يصح إقرارها لكن يبطل بالتكذيب ، ويندفع عنها اليمين وقيل لايصح إقرارها فلا يندفع عنها اليمين اهـ وفى الولوالجية : رجل تزوج امرأة بشهادة شاهدين ، ثم أنكرت وتزوجت بآخر ومات شهود الأول ليس للزوج الأول أن يخاصمها لأنها للتحليف ، والمقصود منه النكول ، ولو أقرت صريحا لم يجز إقرارها لكن يخاصم الزوج الثانى ويحلفه ، فإن حلف برئ وإن نكل ، فله أن يخاصمها ويحلفها ، فإن نكلت يقضى بها للمدعى وهذا الجواب على قولهما المفتى به اهـ (قوله بالنسب) نظرا إلى دعوى الأمة (قوله أو الرق) نظرا إلى إنكار المولى (قوله حد قذف ولعان) بأن ادعت المرأة على زوجها أنه قذفها بالزنا وعليك اللعان وهو منكر وفى الحد بأن ادعى على آخر بأنك قد قذفتنى بالزنا ، وعليك الحد وهو ينكر وهاتان الصورتان مما لايمكن تصورهما إلا من جانب واحد كما تقدم (قوله فى الكل) لأن هذه حقوق تثبت بالشبهات فيجرى فيها الاستحلاف كالأموال ، وإذا

فلا يمين إجماعا إلا إذا تضمن حقا بأن علق عتق عبده بزنا نفسه فللعبد تحليفه فإن نكل ثبت العتق لا الزنا (و) كذا (يستحلف السارق) لأجل المال (فإن نكل ضمن ولم يقطع) وإن أقر بها قطع وقالوا يستحلف فى التعزير كما بسطه فى الدرر .

المتأخرون أنه إن كان المنكر متعنتا يستحلف أخذا بقولهما وإن كان مظلوما لا يستحلف أخذا بقول الإمام زيلعى صورة الاستحلاف على قولهما كما تقدم ماهى بزوجة لى وإن كانت زوجة لى، فهى طالق بائن إلى آخر ماقدمناه وقال بعضهم : يستحلف على النكاح فإن حلف يقول القاضى فرقت بينكما كما فى البدائع (قوله فلا يمين إجماعا) يرد عليه مافى البدائع من قوله وأما فى دعوى القذف إذا حلف على ظاهر الرواية فنكل يقضى بالحد فى ظاهر الأقاويل لأنه بمنزلة القصاص فى الطرف عند أبى حنيفة ، وعندهما بمنزلة النفس وقال بعضهم بمنزلة سائر الحدود لا يقضى فيه بشىء ، ولا يحلف وقيل يحلف ويقضى فيه بالتعزير دون الحد كما فى السرقة يحلف ويقضى بالمال دون القطع شرنبلالية (قوله إلا إذا تضمن) أى دعوى الحد حقا أى حق عبد (قوله بأن علق) كأن قال إن زنيت فعبدى حر فادعى العبد زناه وأنكر (قوله فللعبد تحليفه) أى على السبب بالله مازنيت بعد ماحلفت بعتق عبدك هذا بحر قال العلامة سعدى : وينبغى أن يقول العبد أنه قد أتى بما علق عليه عتقى ولا يقول : زنى كيلا يكون قاذفا اه قال الرحمتى : ولا حد على العبد لأنه غير قاصد القذف وإنما يريد إثبات عتقه (قوله وكذا يستحلف السارق لأجل المال) يعنى كما أن مولى العبد يستحلف على الزنا لأجل عتق العبد لا لإقامة الحد كذا يستحلف السارق لأجل المال لا للقطع قال ط : هو من جملة المستثنى قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا يستحلف فى شىء من الحدود لا فى الزنا ، ولا فى السرقة ولا القذف ، ولا شرب الخمر ولا السكر إلا إن طالب المسروق منه بضمان المال استحلفه فإن نكل عن اليمين ضمنه المال ولم يقطعه وذلك لأن الدعوى تتضمن أمرين الضمان والقطع والضمان لا يستوفى بالنكول فوجب إثبات أحدهما وإسقاط الآخر اه وكذا يحلف فى النكاح إن ادعت المال أى إن ادعت المرأة النكاح وغرضها المال كالمهر والنفقة فأنكر الزوج يحلف ، فإن نكل يلزم المال ولا يثبت الحل عنده ، لأن المال يثبت بالبذل لا الحل ، وفى النسب : إذا ادعى حقا مالا كان كالإرث والنفقة أو غير مال كحق الحضانة فى اللقيط والعتق بسبب الملك وامتناع الرجوع فى الهبة ، فإن نكل ثبت الحق ، ولا يثبت النسب إن كان مما لا يثبت بالإقرار ، وإن كان منه فعلى الخلاف المذكور وكذا منكر القود الخ ابن كمال وإنكار القود سيذكره المصنف . وفى صدر الشريعة فيلغز : أيما امرأة تأخذ نفقة غير معتدة ، ولا حائضة ولا نفساء ولا يحل وطؤها وفيه يلغز اللغز المتقدم .

والحاصل : أن هذه الأشياء لا تحليف فيها عند الإمام مالم يدع معها مالا فإنه يحلف وفاقا (قوله لأجل المال) أى بطلب المسروق منه فلو لم يطالب المال لا يحلف لأن اليمين لا تلزم إلا بطلب الخصم (قوله فإن نكل ضمن ولم يقطع) اعترض بأنه ينبغى أن يصح قطعه عند أبى حنيفة ، لأنه بدل كما فى قود الطرف .

والحاصل : أن النكول فى قطع الطرف والنكول فى السرقة ينبغى أن يتحدا فى إيجاب القطع وعدمه ويمكن الجواب بأن قود الطرف حق العبد فيثبت بالشبهة كالأموال بخلاف القطع فى السرقة فإنه خالص حق الله تعالى، وهو لا يثبت بالشبهة فظهر الفرق فليتأمل يعقوبية (قوله وقالوا يستحلف فى التعزير) لأنه محض حق العبد ، ولهذا يملك العبد إسقاطه بالعفو وحقوق العباد مبنية على المشاحة لا تسقط بالشبهة ، فلو كان التعزير لمحض حق الله تعالى كما لو ادعى عليه أنه قبل امرأة برضاها فإنه إذا أثبت عليه ذلك بالبينة يعزران وإذا أنكر ينبغى أن لا يستحلفا (قوله كما بسطه فى الدرر) ونصه ويحلف فى التعزير يعنى إذا ادعى على آخر مايوجب التعزير ،

وفى الفصول : ادعى نكاحها فحيلة دفع يمينها أن تتزوج فلا تحلف . وفى الخانية : لا استحلاف فى إحدى وثلاثين مسألة .

(النيابة تجرى فى الاستحلاف لا الحلف) وفرع على الأول بقوله (فالوكيل والوصى والمتولى وأبو الصغير يملك الاستحلاف فله طلب يمين خصمه ولا يحلف) أحد منهم

وأراد تحليفه إذا أنكر فالقاضى يحلفه لأن التعزير محض حق العبد ولهذا يملك العبد إسقاطه بالعفو ولا يمنع الصغر وجوبه ، ومن عليه التعزير إذ أمكن صاحب الحق منه أقامه ؛ ولو كان حق الله تعالى لكانت هذه الأحكام على عكس هذا والاستحلاف يجرى فى حقوق العباد سواء كانت عقوبة أو مالا اه وتعليله هنا : بأن التعزير محض حق العبد مخالف لما سبق له فى فصل التعزير أن حق العبد غالب فيه ولهذا قال عزمى زاده بين كلامه تدافع اه .

قلت : لايخلو حق العبد من حق الله تعالى فلا يستقل عبد بحق لأن الذى جعله حقه هو الحق تعالى الآمر الناهى فكلامه الثانى مؤول بالأول (قوله وفى الفصول) قدمنا هذه المسألة قريبا بأوضح مماهنا مع فروع أخر (قوله فحيلة دفع يمينها) أى على قولهما (قوله أن تتزوج) أى بآخر (قوله فلا تحلف) لأنها لو نكلت لا يحكم عليها ولو أقرت بعد ما تزوجت لم يجز إقرارها ، وكذا لو أقرت بنكاح غائب فإنه يصح إقرارها على أحد قولين ، ولكن يبطل بالتكذيب وتندفع عنها اليمين قال بعض الأفاضل : هذه الحيلة ظاهرة لو تزوجته أما لو تزوجت غيره فالظاهر عدم صحة العقد إلا إذا حلفت نعم لو تزوجت قبل الرفع إلى القاضى ربما يظهر اه تأمل (قوله فى إحدى وثلاثين مسألة) تقدمت فى الوقف وذكرها فى البحر هنا (قوله فى الاستحلاف) يعنى يجوز أن يكون شخص نائبا عن آخر له حق على غيره فى طلب اليمين على المدعى عليه إذا عجز عن إقامة البينة فالسين والتاء فى قوله الاستحلاف للطلب كما يفيده كلامه بعد ، وهذا الذى ذكره المصنف ضابط كلى أفاده عماد الدين فى فصوله فى مواضع إجمالا تارة وتفصيلا أخرى فى الفصل السادس عشر والمصنف لخصه كما نرى . وابن قاضى سماوة لخصه فى جامع الفصولين أخصر منه كما هو دأبه وهذا من المسائل التى أوردها المصنف فى كتابه ، ولم يؤت بها فى المتون المشهورة سوى الغرر ، وليس فى كلامه ما يخالف الأصل إلا فى تعميم الشارح ضمير إقراره ففيه نوع حزازة لأن كلا من الوصى ومن بعده ليسوا كالوكيل فى صحة إقرارهم تارة وعدمها أخرى وأيضا ليس الوكيل مطلقا كذلك كما أفاده التقييد فلو قال : إلا إذا كان الوكيل وكيلا بالبيع أو الخصومة فى الرد بالعيب لصحة إقراره بدل قوله أو صح إقراره الخ لكان سالما ثم إنه لا يلزم من عدم التحليف عدم سماع الدعوى ، بل يجعل كل منهم خصما فى حق سماع الدعوى وإقامة البينة عليه من غير استحلاف كما فى العمادية (قوله لا الحلف) يعنى لا يجوز أن يكون شخص نائبا عن شخص توجه عليه اليمين ليحلف من قبله ويخالفه ما يأتى عن شرح الوهبانية من أن الأخرس الأصم الأعمى يحلف وليه عنه وهو المستثنى من الضابط المذكور كما صرح به العلامة أبو السعود (قوله وفرع على الأول) الأولى إسقاطه وأن يقول : وفرع عليهما باعتبار المعطوف والمعطوف عليه فعلى الأول قوله : فالوكيل الخ وعلى الثانى قوله : فلا يحلف أحد منهم (قوله فله طلب) أى ظاهرا وإلا ففى الحقيقة خصمه الأصيل (قوله ولا يحلف) لو قال وفرع على الثانى بقوله ولا يحلف الخ لكان أسبك (قوله أحد منهم) أشار بذلك إلى جواب ما يرد على قوله يملك الاستحلاف حيث وقع خبرا عن قوله فالوكيل الخ حيث وقع خبرا عن المبتدأ وما عطف عليه ، وهو جملة فيجب اشتماله على ضمير مطابق ، فيقال يملكون ولا يحلفون فأجاب بأنه

(إلا إذا) ادعى عليه العقد أو (صح إقراره) على الأصيل، فيستحلف حينئذ كالوكيل بالبيع فإن إقراره صحيح على الموكل فكذا نكوله .

وفى الخلاصة : كل موضع لو أقر لزمه فإذا أنكره يستحلف إلا فى ثلاث ذكرها والصواب فى أربع وثلاثين لما مر عن الخانية وزاد ستة أخرى فى البحر ، وزاد أربعة عشر فى تنوير البصائر حاشية الأشباه والنظائر لابن المصنف ولولا خشية التطويل لأوردتها كلها .

(التحليف على فعل نفسه يكون على البتات)

مؤول أى يملك كل واحد منهم الإستحلاف ولا يحلف وكما يصح التأويل فى الخبر يصح فى المبتدأ والسر فى أنه يملك الإستحلاف ، ولا يحلف أحد منهم وذلك أن الوكيل وما عطف عليه لما كان له الطلب ، وقد عجز عن البينة فيحلف خصمه إذ لا مانع من ذلك وأما إذا ادعى عليهم ، فإن الحلف يقصد به النكول ليقضى به والنكول إقرار أو بذل كما علم ، ولا يملك واحد منهم الإقرار على الأصيل ولا بذل ماله وهو نائب فى الدعوى قد يعلم حقيقتها وقد لا يعلم فكيف يحلف على مالا علم له به تأمل (قوله إلا إذا ادعى عليه العقد) أى عقد بيع أو شراء أو إجارة لأنه يكون حينئذ أصلا فى الحقوق فتكون اليمين متجهة عليه لا على الأصيل ، فلا نيابة فى الحلف فالإستثناء منقطع . وهو شامل للأربعة والمراد بالعقد ما ذكر أما عقد النكاح فغير مراد هنا لأن الشارح قدم أنه لا تحليف فى تزويج البنت صغيرة أو كبيرة وعندهما يستخلف الأب الصغير تأمل أفاده الخير الرملى (قوله أوصح إقراره) مختص بالوكيل فقط كما أشار إليه بقوله كالوكيل الخ (قوله فيستحلف) الأولى فى المقابلة فيحلف (قوله حينئذ) لا حاجة إليه (قوله كالوكيل بالبيع) هو داخل تحت قوله : إذا ادعى عليه العقد فكان الأول مغنيا عنه تأمل . نعم كان الأولى بهذا الوكيل بالخصومة . فإنه يصح إقراره على الموكل ، فكان ينبغى أن يستحلف على مقتضى قوله : أو صح إقراره وليس كذلك بقى هل يستحلف على العلم أو على البتات .

ذكر فى الفصل السادس والعشرين من نور العين : أن الوصى إذا باع شيئا من التركة فادعى المشترى أنه معيب فإنه يحلف على البتات بخلاف الوكيل فإنه يحلف على عدم العلم اه فتأمله .

والحاصل : أن كل من يصح إقراره كالوكيل يصح استحلافه بخلاف من لا يصح إقراره كالوصى (قوله فإن إقراره صحيح) لم يبين إقراره بأى شىء وليحرر ط .

أقول : الظاهر أن إقراره فيما هو من حقوق العقد كالإقرار بعيب أو أجل أو خيار للمشترى (قوله إلا فى ثلاث ذكرها) هى الوكيل بالشراء إذا وجد بالمشترى عيبا فأراد أن يرده بالعيب وأراد البائع أن يحلفه بالله ما يعلم أن الموكل رضى بالعيب لا يحلف فإن أقر الوكيل لزمه ذلك ويبطل حق الرد. الثانية : لو ادعى على الآمر رضاه لا يحلف ، وإن أقر لزمه . الثالثة : الوكيل بقبض الدين إذا ادعى المديون أن الموكل أبرأه عن الدين وطلب يمين الوكيل على العلم لا يحلف وإن أقر به لزمه اه منح (قوله والصواب فى أربع وثلاثين) أى بضم الثلاثة إلى ما فى الخانية لكن الأولى منها مذكورة فى الخانية (قوله لابن المصنف) وهو الشيخ شرف الدين عبد القادر وهو صاحب تنوير البصائر وأخوه الشيخ صالح صاحب الزواهر (قوله ولولا خشية التطويل لأوردتها كلها) هذه ونظائرها تقتضى أنه لم يقدمها وأخواتها قبيل البيوع مع أن ذكرها هناك لا مناسبة له ، وهو مفقود فى بعض النسخ الصحيحة ، ولعل الشارح جمعها فى ذلك المحل بعد تتميم الكتاب وبلغت هناك إحدى وستين مسألة مسائل الخانية إحدى وثلاثون ومسائل الخلاصة ثلاث ومسائل البحر ستة وزيادة تنوير البصائر أربعة عشر وزيادة زواهر الجواهر

أى القطع بأنه ليس كذلك(و)التحليف(على فعل غيره)يكون(على العلم) أى أنه لا يعلم أنه كذلك لعدم علمه بما فعل غيره ظاهرا اللهم(إلا إذا كان) فعل الغير (شيئا يتصل به) أى بالحالف وفرع عليه بقوله (فإن ادعى) مشترى العبد (سرقة العبد أو إباقه) وأثبت ذلك (يحلف) البائع (على البتات) مع أنه فعل الغير وإنما صح باعتبار وجوب تسليمه سليما فرجع إلى فعل نفسه فحلف على البتات لأنها آكد ولذا تعتبر مطلقا بخلاف العكس درر عن الزيلعى .

سبعة ، وزاد عليها سيدى الوالد رحمه الله تعالى ثمان مسائل من جامع الفصولين فصارت تسعة وستين فراجعها ثمة إن شئت فى آخر كتاب الوقف قبيل البيوع (قوله أى القطع) فى بعض كتب الفقه البت بدل البتات وهو أولى وقد ذكر فى القاموس أن البت القطع وأن البتات الزاد والجهاز ومتاع البيت والجمع أبتة ط (قوله بأنه ليس كذلك) هذا فى النفى أو أنه كذلك فى الإثبات (قوله على العلم) أى على نفيه (قوله لعدم علمه بما فعل غيره ظاهرا) فلو حلف على البتات لامتنع عن اليمين مع كونه صادقا فيتضرر به ، فطولب بالعلم فإذا لم يقبل مع الإمكان صار باذلا أو مقرا وهذا أصل مقرر عند أئمتنا درر (قوله يتصل به) أى يتعلق حكمه به بحيث يعود إلى فعله (قوله أو إباقه) ليس المراد بالإباق الذى يدعيه المشترى الإباق الكائن عنده إذ لو أقر به البائع لا يلزمه شىء لأن الإباق من العيوب التى لابد فيها من المعاودة ، بأن يثبت وجوده عند البائع ثم عند المشترى كلاهما فى صغره أو كبره على ماسبق فى محله أبو السعود . وفى الحواشى السعدية قوله : يحلف على البتات بالله ماأبق .

أقول : الظاهر أنه يحلف على الحاصل بالله ما عليك حق الرد فإن فى الحلف على السبب يتضرر البائع أو قد يبرأ المشترى عن العيب (قوله وأثبت ذلك) أى على ما سبق فى محله من وجوده عند البائع ثم عند المشترى الخ (قوله يحلف البائع على البتات) يعنى أن مشترى العبد إذا ادعى أنه سارق أو آبق وأثبت إباقه أو سرقته فى يد نفسه ، وادعى أنه أبق أو سرق فى يد البائع ، وأراد التحليف يحلف البائع بالله ماأبق بالله ما سرق فى يدك وهذا تحليف على فعل الغير درر (قوله فرجع إلى فعل نفسه) وهو تسليمه سليما (قوله لأنها آكد) أى لأن يمين البتات آكد من يمين العلم حيث جزم فى الأولى ولم يجزم فى الثانية ، مع أن فى الأولى إنما حلف على علمه أيضا إذ غلبة الظن تبيح له الحلف لكنه إذا جزم بها كانت آكد صورة (قوله ولذا تعتبر مطلقا) أى فى فعل نفسه وفعل غيره فلو حلف على البتات فى فعل غيره أجزأه بالأولى لأنه قد أتى بالآكد (قوله بخلاف العكس) يعنى أن يمين العلم لا تكفى فى فعل نفسه ح .

قال فى البحر : ثم فى كل موضع وجبت فيه اليمين على العلم فحلف على البتات كفى وسقطت عنه . وعلى عكسه لا ولا يقضى بنكوله عما ليس واجبا عليه اهـ .

قال فى الدرر : واعلم أن فى كل موضع اليمين فيه على البتات فحلف على العلم لايكون معتبرا حتى لايقضى عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه ، وفى كل موضع وجب اليمين فيه على العلم فحلف على البتات يعتبر اليمين حتى يسقط اليمين عنه ، ويقضى عليه إذا نكل لأن الحلف على البتات آكد فيعتبر مطلقا بخلاف العكس ذكره الزيلعى اهـ واستشكل الثانى العمادى قال الرملى: وجه الإشكال أنه كيف يقضى عليه مع أنه غير مكلف إلى البت ويزول الإشكال بأنه مسقط لليمين الواجبة عليه ، فاعتبر فيكون قضاء بعد نكول عن يمين مسقطة للحلف عنه بخلاف عكسه ، ولهذا يحلف فيه ثانيا لعدم سقوط الحلف عنه بها فنكوله عنه لعدم اعتباره والاجتزاء به فلا يقضى عليه بسببه تأمل .

أقول : يشكل قول الرملى بأنه يزول الإشكال الخ مع أنه لا يزول بذلك بعد قول البحر : ولا يقضى

وفى شرح المجمع عنه هذا إذا قال المنكر لا علم لى بذلك ولو ادعى العلم حلف على البتات كمودع ادعى قبض ربها وفرع على قوله وفعل غيره على العلم بقوله (وإذا ادعى) بكر (سبق الشراء) على شراء زيد ولا بينة (يحلف خصمه) وهو بكر (على العلم) أى أنه لا يعلم أنه اشتراه قبله لما مر (كذا إذا ادعى دينا

بنكوله عما ليس واجبا عليه تأمل . واستشكل فى السعدية الفرع الأول بأنه ليس كما ينبغى بل اللائق أن يقضى بالنكول فإنه إذا نكل عن الحلف على العلم ففى البتات أولى .

وأجاب عنه : بالمنع لأنه يجوز أن يكون نكوله لعلمه بعدم فائدة اليمين على العلم ، فلا يحلف حذرا عن التكرار ، وهو بمعنى ماذكره الرملى واستشكل الثانى أيضا بأنه محل تأمل ، فإنه إذا لم يجب عليه كيف يقضى عليه إذا نكل ، ولم يجب عنه بجواب واستشكله الخادمى أيضا بأن البتات أعم تحققا من العلم ، ويعتبر فى اليمين انتفاؤهما وانتفاء الأعم أخص من انتفاء الأخص ، فكيف يقضى بالنكول عن البتات فى موضع يجب عليه الحلف على العلم ، فإنه بعد هذا النكول يحتمل أن يحلف على العلم اه قال الفاضل يعقوب باشابعد نقله عن النهاية : وفيه كلام وهو أن الظاهر عدم الحكم بالنكول لعدم وجوب اليمين على البتات كما لا يخفى فتأمل اه قال عزمى زاده وفى هذا المقام كلام اه فليراجع .

[فرع] مما يحلف فيه على العلم ما إذاقال فى حال مرضه ليس لى شىء فى الدنيا ثم مات عن زوجة وبنت وورثة فللورثة أن يحلفوا زوجته وابنته على أنهما لا يعلمان بشىء من تركة المتوفى بطريقه اه بحر عن القنية (قوله عنه) أى عن الزيلعى (قوله هذا إذا قال المنكر الخ) حكى هذا القهستانى بقيل (قوله كمودع الخ) صورته قال رب الوديعة أو دعتك كذا فرده على فقال المودع سلمته إليك فالقول للمودع ، لأنه ينفى الضمان عن نفسه ويمينه على البتات بأن يقول : والله سلمته إليك إذ معناه النفى وهو أنك لا تستحق عندى شيئا ومثله وكيل البيع إذا ادعى قبض الموكل الثمن وكما لو قال إنلم يدخل فلان اليوم الدار فامرأته طالق ثم قال : إنه دخل يحلف على البتات بالله أنه دخل اليوم مع أنه فعل الغير لكونه ادعى علما بذلك أفاده فى البحر (قوله سبق الشراء) أى من عمرو مثلا (قوله وهو بكر) صوابه وهو زيد لأن بكرا هو المدعى والذى يحلف زيد المدعى عليه وكأنه جعله تفسيرا للهاء فى خصمه ، فيكون المعنى وهو خصم بكر وخصم بكر هو زيد والأولى أن يقول أى خصم بكر هو زيد .

قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى : تبع الشارح فى هذا المصنف وصاحب الدرر قال بعض مشايخنا : صوابه زيد لأنه هو المنكر واليمين عليه ويمكن أن يقال أن يحلف بالبناء للفاعل لا للمفعول ، ومعناه أن يطلب من القاضى تحليفه لأن ولاية التحليف اه فيكون قوله : وهو بكر تفسيرا للضمير فى خصمه لكن فيه ركاكة اه (قوله لما مر) أي من أنه يحلف فى فعل الغير على العلم ولا حاجة إليه لعلمه من التفريع (قوله كذا إذا ادعى دينا) بأن يقول : رجل لآخر إن لى على مورثك ألف درهم ، فمات وعليه الدين ولا بينة له فيحلف الوارث على العلم درر : أى لا على البتات وهذا لو قبض الدين على ما اختاره الفقيه وقاضيخان ، خلافا للخصاف قهستانى .

وفى البحر وحاصل ما ذكره الصدر فى دعوى الدين على الوارث : أن القاضى يسأله أولا عن موت أبيه ليكون خصما فإن أقر بموته سأله عن الدين فإن أقر به يستوفيه المدعى من نصيبه فقط لأنه لا يصح إقرارا على الميت فيبقى إقرارا فى حق نفسه وإن أنكر فبرهن المدعى استوفاه من التركة ، لأن أحد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما يدعى على الميت وإلا يبرهن المدعى وطلب يمين المدعى عليه استحلفه على العلم أى بالله ما تعلم أن لفلان بن فلان هذا على أبيك هذا المال الذى ادعاه ، وهو ألف درهم ولا شىء منه قضى عليه ، فيستوفى من نصيبه إن أقر

أو عينا على وارث إذا علم القاضى كونه ميراثا أو أقر به المدعى أو برهن الخصم عليه) فيحلف على العلم .
(ولو ادعاهما) أى الدين ولعين (الوارث) على غيره (يحلف) المدعى عليه (على البتات) كموهوب وشراء درر

بوصول نصيبه من الميراث إليه وإلا يقر بوصوله إليه ، فإن صدقه المدعى فلا شىء عليه ، وإلا استحلف على البتات ما وصل إليه قدر مال المدعى ولا بعضه فإن نكل لزمه القضاء وإلا لا هذا إذا حلفه على الدين أولا فإن حلفه على الوصول أولا فحلف فله تحليفه على الدين ثانيا أى على العلم لاحتمال ظهور ماله فكان فيه فائدة منتظرة ، وإن لم يصل المال إليه ، فإنه متى استحلفه وأقر أو نكل وثبت الدين فإذا ظهر للأب مال من الوديعة أو البضاعة عند إنسان لا يحتاج إلى الإثبات فهذه الفائدة المنتظرة ، ولو أراد المدعى استحلافه على الدين والوصول معا فقيل له ذلك وعامتهم إنه يحلف مرتين ولا يجمع وإن أنكر موته حلفه على العلم ، فإن نكل حلف على الدين أى على العلم أيضا .

مطلب دعوى الوصية على الوارث كدعوى الدين إذا أنكرها يحلف على العلم

ودعوى الوصية على الوارث كدعوى الدين فيحلف على العلم لو أنكرها ومدعى الدين على الميت إذا ادعى على واحد من الورثة وحلفه فله أن يحلف الباقى ، لأن الناس يتفاوتون فى اليمين وربما لا يعلم الأول به ويعلم الثانى ، ولو ادعى أحد الورثة دينا على رجل للميت وحلفه ليس للباقى تحليفه ، لأن الوارث قائم مقام المورث وهو لا يحلفه إلا مرة إنتهى مخلصا بزيادة (قوله أو عينا على وارث) صورته أن يقول أن هذا العبد الذى ورثته عن فلان ملكى وبيدك بغير حق ولا بينة له فإن الوارث يحلفه على العلم درر (قوله إذا علم القاضى كونه) أى العين ميراثا وإلا حلف على البيت وينبغى أن يخصص التقييد بذلك بصورة العين كما يظهر من العمادية فإن جريان ذلك فى الدين مشكل عزمى ، وهذا بناء على أن القاضى يقضى بعلمه والمفتى به لا فيكون علمه كعدمه .

قال العلامة أبو الطيب : أقول فى قوله فإن جريان ذلك فى الدين مشكل نظر لما قال فى نور العين نقلا عن المحيط البرهانى إنما يحلف على العلم فى الإرث لو علم القاضى بالإرث ، أو أقر به المدعى أو برهن عليه وإلا يحلف بتا وكذا لو ادعى دينا على الوارث يحلف على العلم اهـ (قوله أو أقر به المدعى) هو كما سبق فى التصوير (قوله أو برهن الخصم) وهو المدعى عليه (قوله فيحلف) أى الوارث على العلم فإن لم يعلم القاضى حقيقة الحال ولا أقر المدعى بذلك ولا أقام المدعى عليه بينة يحلف على البتات بالله ما عليك تسليم هذا العين إلى المدعى عمادية .

قال ط : يمكن تصويره بأن ادعى مدع على شخص إن هذه العين له وعجز عن إقامة البينة فطلب يمينه على البت فقال : إنها إرث وأراد اليمين على العلم فأنكر المدعى ذلك فأقام الوارث بينة على مدعاه فإنه يحلف على العلم أى فالشرط فى تحليفه الوارث على العلم فى دعوى العين أحد هذه الثلاثة (قوله والعين) الواو بمعنى أو (قوله الوارث) أى إنهما حق موروث وأنكر الخصم (قوله يحلف المدعى عليه على البتات) أى إنهما ليسا بحق مورثه (قوله كموهوب وشراء درر) يعنى لو وهب رجل لرجل عبدا فقبضه أو اشترى رجل من رجل عبدا ، فجاء رجل وزعم أن العبد عبده ولا بينة له فأراد استحلاف المدعى عليه يحلف على البتات حلبى عن الدرر : أى أنه ليس بعبده والأولى كموهوب ومشترى أو كهبة وشراء للموافقة لفظا وعلله الزيلعى بأن الهبة والشراء سبب موضوع للملك باختيار المالك ومباشرته ، ولو لم يعلم أنه ملك للمملك له لما باشر السبب ظاهرا ، فيحلف على البتات ، فإذا امتنع عما أطلق له يكون باذلا أما الوارث فلأنه لا اختيار له فى الملك ،

(و) يحلف (جاحد القود) إجماعا (فإن نكل فإن كان فى النفس حبس حتى يقر أو يحلف وفيما دونه يقتص) لأن الأطراف خلقت وقاية للنفس كالمال فيجرى فيها الابتذال خلافا لهما .

(قال المدعى لى بينة حاضرة) فى المصر (وطلب يمين خصمه لم يحلف)

ولا يدعى ما فعل المورث فلم يوجد ما يطلق له اليمين على البتات ، ولأن الوارث حلف على المورث واليمين لا تجرى فيها النيابة، فلا يحلف على البتات والمشترى والموهوب له أصل بنفسه، فيحلف عليه اه (قوله ويحلف جاحد القود) أى منكر القصاص بأن ادعى رجل عليه قصاصا عينى : أى سواء كان فى النفس أو الأطراف بالاتفاق دامادا (قوله حبس) أى ولا يقتص أما عنده فلأن النكول بذل ، ولا يجرى فى النفس ، ألا ترى أنه لو قتله بأمره يجب عليه القصاص فى رواية. وفى أخرى الدية ولو قطع يده بأمره لا يجب عليه شىء إلا أنه لا يباح لعدم الفائدة أما ما فيه فائدة كالقطع للأكلة وقلع السن للوجع لا يأثم بفعله وأما عندهما فإنه وإن كان إقرارا إلا أن فيه شبهة فلا يثبت فيه القود لأنه كالحدود من وجه (قوله حتى يقر) أى فيقتص منه (قوله أو يحلف) أى عند الإمام فيبرأ من الدعوى . وفى الشلبى عن الإتقانى أو يموت جوعا لأن الأنفس لا يسلك بها مسالك الأموال ، فلا يجرى فيها البذل الذى هو مؤدى الإنكار ، وإذا امتنع القصاص واليمين حق مستحق يحبس به كما فى القسامة فإنهم إذا نكلوا عن اليمين يحبسون ، حتى يقروا أو يحلفوا .

وفى الخانية فى كيفية التحليف بالقتل روايتان فى رواية يستحلف على الحاصل بالله ماله عليك دم ابنه فلان مثلا ولا قبلك حق بسبب هذا الدم الذى يدعى وفى رواية يحلف على السبب بالله ماقتلت فلان بن فلان ولى هذا عمدا وفيما سوى القتل من القطع والشجة ونحو ذلك يحلف على الحاصل بالله ماله عليك قطع هذا العبد، ولا له عليك حق بسببها ، وكذلك فى الشجاج والجراحات التى يجب فيها القصاص اه (قوله وفيما دونه) أى دون القود من الأطراف (قوله يقتص) منه أى عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى كما علم مما مر (قوله فيجرى فيها الابتذال) أى فتثبت بالنكول كما أن المال يثبت به والأولى البذل كما فى بعض النسخ (قوله خلافا لهما) فإنهما قالا : يجب عليه الأرش فيهما : ولا يقضى بالقصاص ، لأن القصاص فيما دون النفس عقوبة تدرأ بالشبهات ، ولا تثبت بالنكول كالقصاص فى النفس ، ولأن النكول وإن كان إقرارا عندهما ففيه شبهة العدم فلا يثبت به القصاص. ويجب به المال خصوصا إذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه خاصة كما إذا أقر بالخطأ والولى يدعى العمد وإذا امتنع القود تجب الدية وعند الثلاثة يقتص فيهما بعد حلف المدعى كما فى العينى ،وأما إذا كان الامتناع من جانب من له كما إذا أقام على ما ادعى وهو القصاص رجلا وامرأتين أو الشهادة على الشهادة فإنه لا يقضى بشىء لأن الحجة قامت بالقصاص ، لكن تعذر استيفاؤه ولم يشبه الخطأ فلا يجب شىء ولا تفاوت فى هذا المعنى بين النفس وما دونها كما فى العناية (قوله قال المدعى لى بينة الخ) أطلق حضورها فشمل حضورها فى المصر بصفة المرض وظاهر ما فى خزانة المفتين خلافه فإنه قال : الاستحلاف يجرى فى الدعاوى الصحيحة إذا أنكر المدعى عليه ويقول المدعى لا شهود لى أو شهودى غيب أو فى المصر اه بحر (قوله فى المصر) أراد به حضورهما فيه أو محل بينه وبين محل المدعى دون مسافة القصر : كما يفيده الكلام الآتى . وقيد فى المصر ، وإن كان إطلاق كلام المصنف متناولا لما لو كانت حاضرة فى المجلس لأنه المختلف فيه .

قال فى البحر : أطلق فى حضورها فشمل حضورها فى مجلس الحكم ، ولا خلاف أنه لا يحلف وحضورها فى المصر وهو محل الاختلاف (قوله لم يحلف) أى عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لأن ثبوت الحق فى اليمين مرتب

خلافا لهما ولو حاضرة فى مجلس الحكم لم يحلف اتفاقا ولو غائبة عن المصر حلف اتفاقا ابن ملك وقدر فى المجتبى الغيبة بمدة السفر (ويأخذ القاضى) فى مسألة المتن فيما لا يسقط بشبهة (كفيلا ثقة) يؤمن هروبه بحر فليحفظ

على العجز عن إقامة البينة ، فلا تكون حقه دونه عيني : أى فلا تكون اليمين حقه دون العجز (قوله خلافا لهما) لأن اليمين حقه بالحديث الشريف ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام « لك يمينه حين سأل المدعى فقال ألك بينة فقال لا فقال عليه الصلاة والسلام لك يمينه فقال يحلف ولا يبالى فقال صلى الله عليه وسلم ليس لك إلا هذا شاهداك أو يمينه » فصار اليمين حقا له لإضافته إليه بلام التمليك فإذا طالبه به يجيبه قال ط : وفى الاستدلال به نظر لأنه صلى الله عليه وسلم إنما جعل له اليمين عند فقده البينة .

قال فى البحر : اختلف النقل عن محمد فمنهم من ذكره مع أبى يوسف كالزيلعى والخصاف ، ومنهم من ذكره مع الإمام كالطحاوى (قوله وقدر فى المجتبى الغيبة بمدة للسفر) قال فيه بينتى غائبة عن المصر حلف عند أبى حنيفة وقيل قدر الغيبة بمسيرة سفر اه فقد خالف ما نقله المصنف عن ابن ملك من أن فى الغائبة عن المصر يحلف اتفاقا (قوله ويأخذ القاضى) أى بطلب المدعى كما فى الخانية وفى الصغرى هذا إذا كان المدعى عالما بذلك أما إذا كان جاهلا فالقاضى يطلب رواه ابن سماعة عن محمد بحر . والمراد بأخذ القاضى كفيلا أى ممن عليه الحق لا بالحق نفسه ، وقد تقدم فى كتاب الكفالة فى كفالة النفس أنه لو أعطى كفيلا بنفسه برضاه جاز اتفاقا ولا يجبر عليه عند الإمام خلافا لهما فعندهما يجبر بالملازمة فحينئذ لا حاجة للتقييد بهذا ، وليس مذكورا فى الدرر ولا فى شرح الكنز تأمل (قوله فى مسألة المتن) وهى قال المدعى لى بينة حاضرة الخ وقيد بها لأنه لو قال لا بينة لى أو شهودى غيب لا يكفل لعدم الفائدة كذا فى الهداية (قوله فيما لا يسقط بشبهة) أما فيما يسقط بها كالحدود والقصاص ، فلا يجبر على دفع الكفيل كما تقدم .

قال فى البحر : ادعى القاتل أن له بينة حاضرة على العفو أجل ثلاثة أيام ، فإن مضت ولم يأت بالبينة وقال لى بينة غائبة يقضى بالقصاص قياسا كالأموال . وفى الاستحسان : يؤجل استعظاما لأمر الدم اه .

قال الرملى : ومقتضى الإطلاق أن دعوى الطلاق كدعوى الأموال وإن احتاطوا فى الفروج لا تبلغ استعظام أمر الدماء ولذلك يثبت برجل وامرأتين اه (قوله كفيلا ثقة يؤمن هروبه) وله أن يطالب وكيلا بخصومته . قال فى الكافى : وله أن يطلب وكيلا بخصومته حتى لو غاب الأصل يقيم البينة على الوكيل ، فيقضى عليه وإن أعطاه وكيلا له أن يطالبه بالكفيل بنفس الوكيل ، وإذا أعطاه كفيلا بنفس الوكيل له أن يطالبه بالكفيل بنفس الأصيل لو كان المدعى دينا ، لأن الدين يستوفى من ذمة الأصيل دون الوكيل ، فلو أخذ كفيلا بالمال له أن يطلب كفيلا بنفس الأصيل لأن الاستيفاء من الأصيل قد يكون أيسر ، وإن كان المدعى منقولا له أن يطالب منه مع ذلك كفيلا بالعين ليحضرها ، ولا يغيبه المدعى عليه وإن كان عقارا لا يحتاج إلى ذلك لأنه لا يقبل التغييب ، وصح أن يكون الواحد كفيلا بالنفس ووكيلا بالخصومة لأن الواحد يقوم بهما ، فلو أقر وغاب قضى ، لأنه قضاء إعانة اه . وفيه ولو أقيمت البينة فلم تزك فغاب المشهود عليه فزكيت لا يقضى عليه حال غيبته فى ظاهر الرواية لأن له حق الجرح فى الشهود ، وعن أبى يوسف أنه يقضى اه .

واعلم أنه ينبغى أن يشترط فى الوكيل ماسبق فى الكفيل من كونه ثقة معروف الدار وفى البحر عن الصغرى لو أبى إعطاء الوكيل بالخصومة لم يجبر اه (قوله يؤمن هروبه) تفسير للثقة قال فى البحر وفسره فى الصغرى بأن لا يخفى نفسه ولا يهرب من البلد بأن يكون له دار معروفة وحانوت معروف لا يسكن فى بيت بكراء ويتركه ويهرب منه وهذا شيء يحفظ جدا ، وينبغي أن يكون الفقيه ثقة بوظائفه بالأوقاف ، وإن لم يكن له

(من خصمه) ولو وجيها والمال حقيرا فى ظاهر المذهب عينى (بنفسه ثلاثة أيام) فى الصحيح وعن الثانى إلى مجلسه الثانى وصحح فإن امتنع من) إعطاء (ذلك) الكفيل لازمه) بنفسه أو أمينه

ملك فى دار أوحانوت لأنه لايتركها ويهرب اه. وفسره فى شرح المنظومة بأن يكون معروف الدار والتجارة ولا يكون لحوحا معروفا بالخصومة وأن يكون من أهل المصر لا غريبا اه. قال الحموى: وكذا العسكرى فإنه لا يهرب ويترك علوفته من الديوان.

والحاصل: أن المدار على الأمن من الهروب اه. وفى البحر أيضا عن كفالة الصغرى: القاضى أو رسوله إذا أخذ كفيلا من المدعى عليه بنفسه بأمر المدعى أولا بأمره فإن لم يضف الكفالة الى المدعى بأن قال: أعط كفيلا بنفسك، ولم يقل للطالب ترجع الحقوق إلى القاضى ورسوله، حتى لو سلم إليه الكفيل يبرأ ولو سلم إلى المدعى فلا، وإن أضاف إلى المدعى كان الجواب على العكس اه وفيه عنها طلب المدعى من القاضى وضع المنقول على يد عدل، ولم يكتف بكفيل النفس فإن كان المدعى عليه عدلا لا يجيبه القاضى، ولو فاسقا يجيبه وفى العقار لا يجيبه إلا فى الشجر الذى عليه الثمر لأن الثمر نقلى اه.

قال فى البحر: وظاهره أن الشجر من العقار وقدمنا خلافه وفى أبى السعود عن الحموى عن المقدسى التصريح بأنه من العقار اه.

أقول وقدمنا الصحيح من ذلك فلا تنسه وفى الخزانة إذا أقام بينة ولم تزك فى جارية يضعها القاضى على يد امرأة ثقة حتى يسأل عن الشهود، ولا يتركها فى يد المدعى عليه عدلا كان أولا هذا إن سأل المدعى من القاضى وضعها اه وإنما أخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسانا لأن فيه نظرا للمدعى، وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه وهذا لأن الحضور مستحق عليه بمجرد الدعوى فصح التكفيل بإحضاره أى من غير جبر كما قدمنا (قوله ولو وجيها) ضد الخامل والوجيه من له حظ ورتبة والخامل من خمل الرجل خمولا من باب قعد ساقط النباهة لا حظ له مصباح (قوله فى ظاهر المذهب) أى المعتمد وعن محمد أن الخصم إذا كان معروفا أو المال حقيرا والظاهر من حاله أنه لايخفى نفسه بذلك القدر من المال لايجبر على إعطائه الكفيل (قوله فى الصحيح) قال فى البحر: ثم تأقيت الكفالة بثلاثة أيام ونحوها ليس لأجل أن يبرأ الكفيل عنها بعد الوقت، فإن الكفيل إلى شهر لا يبرأ بعده لكن التكفيل إلى شهر للتوسعة على الكفيل، فلا يطالب إلا بعد مضيه، لكن لو عجل يصح وهنا للتوسعة على المدعى فلا يبرأ الكفيل بالتسليم للحال إذقد يعجز المدعى عن إقامتها وإنما يسلم إلى المدعى بعد وجود ذلك الوقت حتى لو أحضر البينة قبل الوقت يطالب الكفيل (قوله إلى مجلسه) أى القاضى (قوله لازمه بنفسه) أى دار معه حيث دار فلا يلازمه فى مكان معين، ولا يلازمه فى المسجد لأنه بنى للذكر به يفتى بحر: وفيه ويبعث معه أمينا يدور معه ورأيت فى الزيادات أن الطالب او أمر غيره بملازمة مديونه فللمديون أن لا يرضى بالأمين عند أبى حنيفة خلافا لهما بناء على التوكيل بلا رضا الخصم، لكنه لا يحبسه فى موضع، لأن ذلك حبس وهو غير مستحق عليه بنفس الدعــوى، ولا يشغله عن التصرف بل هو يتصرف والمدعى يدور معه.

مطلب هل للطالب أن يمنعه من دخول داره إن لم يأذن له بالدخول معه؟

وإذا انتهى المطلوب إلى داره فإن الطالب لا يمنعه من الدخول إلى أهله بل يدخل والملازم يجلس على باب داره اه وفى الذخيرة ومن القضاة المتأخرين من أوجب حبس الخصم. لأن المدعى يحتاج إلى طلب الشهود

مقدار (مدة التكفيل) لئلا يغيب (إلا أن يكون) الخصم (غريبا) أى مسافرا (ف) يلازم) أو يكفل (إلى انتهاء مجلس القاضى) دفعا للضرر حتى لو علم وقت سفره يكفله إليه وينظر فى زيه أو يستخبر رفقاءه لو أنكر المدعى بزازية .

(قال لا بينة لى وطلب يمينه فحلفه القاضى ثم برهن) على دعواه بعد اليمين (قبل ذلك) البرهان عند الإمام (منه) وكذا لو قال المدعى : كل بينة آتى بها

وغيره اه . وفى البحر عن الزيادات : أن المطلوب إذا أراد أن يدخل بيته فإما أن يأذن للمدعى فى الدخول معه أو يجلس معه على باب الدار لأنه لو تركه حتى يدخل الدار وحده ، فربما يهرب من جانب آخر فيفوت ماهو المقصود منها .

مطلب فيما لو كان المطلوب امرأة

وفى تعليق استاذنا : لو كان المدعى عليه أمرأة فإن الطالب لايلازمها بنفسه ، بل يستأجر امرأة فتلازمها وفى أول كراهية الواقعات رجل له على امرأة حق فله أن يلازمها ويجلس معها ويقبض على ثيابها لأن هذا ليس بحرام فإن هربت ودخلت خربة لا بأس بذلك إذا كان الرجل يأمن على نفسه ، ويكون بعيدا منها يحفظها بعينه لأن فى هذه الخلوة ضرورة ، وأشار بملازمته إلى ملازمة المدعى لما فى خزانة المفتين إذا كان المدعى عليه متلافا وأبى عطاء الكفيل بالمدعى .

مطلب له ملازمة المدعي

فللمدعى أن يلازم ذلك الشىء أن يعطيه كفيلا وإن كان المدعى ضعيفا عن ملازمته يضع ذلك الشىء على يد عدل اه .

وظاهر ما فى السراج الوهاج أنه لا يلازمه إلا بإذن القاضى وذكر فيه أن منها أن يسكن حيث سكن . وفى المصباح : دار حول البيت يدور دورا ودورانا طاف به ودوران الفلك تواتر حركاته بعضها أثر بعض من غير ثبوت ولا استقرار ومنه قولهم : دارت المسألة أى كلما تعلقت بمحل توقف ثبوت الحكم على غيره فتنتقل إليه ثم يتوقف على الأول وهكذا اه (قوله مقدار مدة التكفيل) فإن لم يأت ببينة أمره أن يخلى سبيله ولا يقبل دعوته إلا بإحضار البينة كما لايخفى (قوله إلا أن يكون الخصم غريبا أى مسافرا) وأى تفسير مراد وأشار به إلى أن حكم المقيم مريد السفر كالغريب .

قال فى المنح : والمراد من الغريب المسافر (قوله إلى انتهاء مجلس القاضى) أطلق فى مقدار مجلس القاضى فشمل ما إذا كان يجلس فى كل خمسة عشر يوما مرة كذا فى البزازية (قوله دفعا للضرر) بأخذ الكفيل وبالملازمة أزيد من ذلك كذا علله فى الهداية لأن فى أخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك إضرارا به بمنعه عن السفر ، ولا ضرر فى هذا المقدار ظاهرا (قوله حتى لو علم وقت سفره) بأن قال أخرج غدا مثلا فلو علم أن السفر قبل انتهاء مجلس القاضى يكون التكفيل إلى وقت السفر دفعا للضرر (قوله إليه) أى إلى وقت سفره (قوله أو يستخبر رفقاءه) بأن يبعث إليهم أمينا فإن قالوا : أعد للخروج معنا يكفله إلى وقت الخروج بحر (قوله لا بينة لى الخ) هذه المسألة من تتمة قوله وتقبل البينة لو أقامها بعد اليمين ، كما أشار إليه الشارح هناك بقوله ، وإن قال : قبل اليمين لا بينة لى فكان المناسب أن يذكرها هناك ح (قوله قبل ذلك البرهان) لأن اليمين

فهى شهود زور أو قال : إذا حلفت فأنت برىء من المال فحلف ثم برهن على الحق قبل خانية وبه جزم فى السراج كما مر (وقيل لا) يقبل قائله محمد كما فى العمادية وعكسه ابن ملك وكذا الخلاف لو قال ، لودفع لى ثم أتى بدفع أو قال الشاهد : لاشهادة لى ثم شهدوا الأصح القبول لجواز النسيان ثم التذكر كما فى الدرر وأقره المصنف .
(ادعى المديون الإيصال فأنكر المدعى) ذلك (ولا بينة له) على مدعاه (فطاب يمينه فقال المدعى : اجعل حقى فى الختم ثم استحلفنى له ذلك) قنية (واليمين بالله تعالى) لحديث « من كان حالفا فليحلف بالله تعالى أوليذر » وهو قول والله خزانة وظاهره أنه لوحلفه

الفاجرة ، أحق بالرد من البينة العادلة كما مر (قوله فهى شهود زور) لأن الشهادة تتعلق بالشهود ، ويجب عليهم أداؤها ويأثم كاتمها ، وهذا القول منه لا يثبت زور العدل لأنه قبل الشهادة ولأنه فى غير معلوم ولأنه جرح مجرد ط (قوله أوقال) أى المدعى (قوله حلفت) بتاء الخطاب (قوله كمامر) عند قول المصنف اصطلحا على أن يحلف عند غير قاض الخ لكن هناك اليمين من المدعى وقدمنا الكلام عليه هناك (قوله فأنكر المدعى) أى مدعى الدين (قوله ولابينة له) أى لمدعى الإيصال (قوله فطاب يمينه) أى يمين الدائن (قوله فقال المدعى) أى مدعى الدين (قوله اجعل حقى فى الختم) المراد به ، والله تعالى أعلم : المنقد فإنه قال فى القاموس أن الختم كمنبر آلة ينقد بها فراجعه ط .

أقول : ولعله المعد الذى يعد عليه الصيارفة والتجار وفى بيت المال الدراهم والمقصود إحضار الحق .

قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى : المراد بالختم الصك ومعناه أكتب الصك بالبينة ثم استحلفنى أو المراد احضار نفس الحق فى شىء مختوم وهو الأظهر . وفى حاشية الفتال عن الفتاوى الأنقروية يعنى أحضر حتى ثم استحلفنى ومثله فى الحامدية (قوله لحديث من كان حالفا) صدره كما فى الحموى لاتحلفوا بآبائكم ولا بالطواغيت فمن كان حالفا الخ ، ولما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه عليه الصلاة والسلام سمع عمر يحلف بأبيه فقال: « إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم فمن كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت » رواه البخارى ، ومسلم وأحمد وعن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تحلفوا إلا بالله ولا تحلفوا إلا وأنتم صادقون » رواه النسائى عينى (قوله وظاهره) أى ظاهر قول الخزانة من قوله : وهو قوله والله إنه لو حلفه بغيره من أسماء الله أو صفة تعورف الحلف بها لم يكن يمينا يعنى فى باب الدعوى ، ويمكن أن يكون وجهه أن لفظ الجلالة جامع لجميع الأسماء والصفات حتى صحح بعضهم أنه الاسم الأعظم ، وقد ورد تحليف الشارع به فيقتصر عليه ويحتمل أنه ذكره على سبيل التمثيل لما علم فى كتاب الأيمان أنه ينعقد الحلف بكل اسم من أسماء الله تعالى ، وكل صفة تعورف الحلف بها وقد صرحوا هنا بما يدل على ذلك قال فى خزانة المفتين : متى حلفه بالله الرحمن الرحيم كان يمينا واحدا وإذا حلفه بالله والرحمن والرحيم يكون ثلاثة أيمان اهـ فهذا صريح بأن الرحمن والرحيم يمين تأمل ومثله فى التبيين فإنه قال : ويحترز عن عطف بعض الأسماء على بعض كيلا يتكرر عليه اليمين ، ولو أمره بالعطف فأتى بواحدة ونكل عن الباقى لا يقضى عليه بالنكول لأن المستحق عليه يمين واحدة وقد أتى بها اهـ .

وسيصرح الشارح به فى قوله : ويجتنب العطف كى لا يتكرر اليمين ، وفى كتاب الأيمان والقسم بالله تعالى أو باسم من أسمائه كالرحمن والرحيم ، والحق أو بصفة يحلف بها من صفاته تعالى كعزة الله وجلاله وكبريائه وعظمته الخ فهذا كله يدل على كونه يمينا ، وكذا ما ثبت فى الحديث « ورب الكعبة » ونحوه يقتضى أن الحلف بالرحمن والرحيم وغيره من أسمائه تعالى يكون يمينا على أنه صرح فى روضة القضاة بأن اليمين يكون

بغيره لم يكن يمينا ولم أره صريحا بحر (لابطلاق وعتاق) وإن ألح الخصم وعليه الفتوى تتارخانية لأن التحليف بهما حرام خانية (وقيل إن مست الضرورة فوض إلى القاضى) اتباعا للبعض (فلو حلفه) القاضى (به فنكل فقضى عليه) بالمال (لم ينفذ) قضاؤه (على) قول (الأكثر) كذا فى خزانة المفتين وظاهره أنه مفرع على قول الأكثر أما على القول بالتحليف بهما فيعتبر نكوله ويقضى به وإلا فلا فائدة ، واعتمده المصنف .

قلت : ولو حلف بالطلاق أنه لا مال عليه ثم برهن المدعى على المال إن شهدوا على السبب كالإقراض

بالرحمن والرحيم وسائر أسمائه تعالى . وأما الحصر فى الحديث الشريف بالنسبة إلى الجبت والطاغوت ونحوهما (قوله بغيره) كالرحمن والرحيم بحر (قوله لم يكن يمينا) قد علمت أن الحق أنه يمين ، ولا يشكل عليه ما يفهم من ظاهر عبارة الدرر من قوله : والحلف بالله تعالى دون غيره ، وإن كان ظاهره أن هذا التركيب للحصر كما فى الحمد لله لأن المراد أن لا يكون الحلف إلا بذاته تعالى : أى باسم من أسمائه الذاتية أو الصفاتية فقد انتفى الإشكال على أنه هو المصرح به فى عمدة الكتب ، بل عامتهم ولا يمكن أن يقال أن ما ذكروه فى كتاب الأيمان فرق عن هنا : أى الدعوى لأنه لم يصرح أحد يفرق أصلا (قوله ولم أره صريحا بحر) حيث قال بعد نقله عبارة الخزانة ، وظاهره أنه لاتحليف بغير هذا الاسم ، فلو حلفه بالرحمن أو الرحيم لا يكون يمينا ولم أره صريحا اه .

قال العلامة المقدسى : فيه قصور اوجود النص على خلافه فقد ذكر فى كتاب الأيمان أنه لوقال : والرحمن أو الرحيم ، أو القادر فكل ذلك يمين ، ويدل عليه قولهم فيما إذا غلظ بذكر الصفة يحترز عن الإتيان بالواو لئلا تتكرر اليمين ونصه هنا فى تحليف الأخرس أن يقال له عهد الله عليك ولا فرق بينه ، وبين الصحيح بل صرح بهذا الصحيح ، وصرح فى روضة القضاة بأن الرحمن الرحيم ، وسائر أسماء الله تعالى تكون يمينا اه .

أقول : والعجب من المصنف حيث نقله وأقره عليه وكذا الشارح (قوله لابطلاق وعتاق وإن ألح الخصم) أى داوم على طلب اليمين بهما ومثل الطلاق والعتاق الحجج كما فى العناية وقد قصد بهذا مخالفة الكنز والدرر حيث قال : إلا إذا ألح الخصم وحكاه فى الكافى بقيل وكذا فى الهداية فإن ما مشى عليه الشارح هو ظاهر الرواية (قوله لأن التحليف بهما حرام) بل فى القهستانى عن المضمرات اختلفوا فى كفره إذا قال حلفه بالطلاق وقدمنا الكلام قريبا على ما لو حلف بالطلاق أنه لا مال عليه ، ثم برهن المدعى على المال ، وسيأتى فى كلام الشارح (قوله وقيل إن مست الضرورة فوض إلى القاضى) قال فى المنية : وإن مست الضرورة يفتى أن الرأى فيه للقاضى (قوله وظاهره أنه مفرع على قول الأكثر) تبع فيه المصنف وصاحب البحر وهو عجيب فإن صاحب الخزانة صرح بأن ذلك على قول الأكثر فهو صريح لاظاهر (قوله وإلا فلا فائدة) قال العلامة المقدسى : قد تكون فائدته اطمئنان خاطر المدعى إذا حلف فربما كان مشتبها عليه الأمر لنسيان ونحوه فإذا حلف له بهما صدقه اه .

وفى شرح الملتقى عن الباقلانى : الإقرار بالمدعى إذا احترز عنه اه أى تظهر فائدته فيما إذا كان جاهلا بعدم اعتبار نكونه فإذا طلب حلفه به ربما يمتنع ويقر بالمدعى (قوله واعتمده المصنف) حيث قال : وهذا كلام ظاهر يجب قبوله والتعويل عليه ، لأن التحليف إنما يقصد لنتيجته وإذا لم يقض بالنكول عنه فلا ينبغى الاشتغال به وكلام العقلاء فضلا عن العلماء العظام يصان عن اللغو والله تعالى أعلم بالصواب اه .

لكن عبارة ابن الكمال : فإن ألح الخصم قيل يصح بهما فى زماننا لكن لا يقضى عليه بالنكول لأنه امتنع

لا يفرق وإن شهدوا على قيام الدين يفرق لأن السبب لا يستلزم قيام الدين وقال محمد فى الشهادة على قيام المال لا يحنث لاحتمال صدقه خلافا لأبى يوسف كذا فى شرح الوهبانية للشرنبلالى، وقد تقدم

عما هو منهى عنه شرعا ، ولو قضى عليه بالنكول لا ينفذ انتهت ، واستشكل فى السعدية بأنه إذا أمتنع عما هو منهى عنه شرعا فكيف يجوز للقاضى تكليف الإتيان بما هو منهى عنه شرعا ، ولعل ذلك البعض يقول النهى تنزيهى ، ومثل ما فى ابن الكمال فى الزيلعى وشرح درر البحار وظاهره : أن القائل بالتحليف بهما يقول : إنه غير مشروع ولكن يعرض عليه ، لعله يمتنع فإن من له أدنى ديانة لا يحلف بهما كاذبا فإنه يؤدى إلى طلاق الزوجة وعتق الأمة أو إمساكهما بالحرام ، بخلاف اليمين بالله تعالى فإنه يتساهل به فى زماننا كثيرا تأمل (قوله لا يفرق) أى بين الزوج والزوجة (قوله لأن السبب لا يستلزم قيام الدين) لاحتمال وفائه أو إبرائه أو هبته منه وهذا التفصيل هو المفتى به كما فى شرح عبد البرط (قوله وقال محمد فى الشهادة على قيام المال لا يحنث لاحتمال صدقه) .

أقول : تقدم قريبا قوله ويظهر كذبه بإقامتها لو ادعاه أى المال بلا سبب فحلف ،وإن ادعاه بسبب فحلف أن لا دين عليه ثم أقامها لايظهر كذبه لجواز أنه وجد القرض ، ثم وجد الإبراء أو الإيفاء وعليه الفتوى اه . وقد ذكرنا هناك الكلام وبحث المقدسى فيه والجواب عنه فراجعه إن شئت (قوله وقد تقدم) أى فى كلام المصنف حيث قال : ويظهر كذبه بإقامتها لوادعاه بلاسبب فحلف الخ وإنما أعاده هنا لأن هذه العبارة أوضح، وأدل على المطلوب ،وفيها زيادة فائدة كذكر الخلاف بين محمد وأبى يوسف،وهو كالشرح للعبارة المتقدمة فقد بين به أن إطلاق الدرر على قول أحد الشيخين ولا اعتراض على من أتى بالعبارة التامة بعد العبارة القاصرة كما قالوا فى عطف العام على الخاص ، لايحتاج إلى نكتة لما فيه من زيادة الفائدة تأمل .

مطلب مسائل ذكرها الخصاف فى آخر كتاب الحيل

قال العلامة الشلبي فى حاشية الزيلعى ونذكر نبذا من مسائل ذكرها الخصاف فى آخر كتاب الحيل : إن قال : كل امرأة لى طالق مثلا ، ونوى كل امرأة أتزوجها باليمين أو الهند أو بالسند أوفى بلد من البلدان له نيته وإن ابتدأ اليمين يحتال ، ويقول : هو الله ويدغم ذلك حتى لا يفهم المستحلف .

فإن قال المستحلف : إنما أحلفك بما أريد وقل : أنت نعم ويريد أن يستحلفه بالله والطلاق والعتاق والمشى وصدقة ما يملك يقول : نعم وينوى نعما من الأنعام ، وكذا لوقيل له نساؤك طوالق و نوى نساءه العور أو العميان أو العرجان أو المماليك أو اليهوديات فيكون له نيته .

وإن أراد أن يحلف أنه لم يفعل كذا وأحضر المملوك ليحلف بعتقه قال : يضع يده على رأس المملوك أو ظهره ويقول : هذا حر يعنى ظهره إن كان فعل فلا يعتق المملوك .

وإن حلف بعتق المملوك أنه لم يفعل كذا ، ونوى بمكة أو فى المسجد الحرام أو فى بلد من البلدان لا يحنث إن كان فعله فى غير ذلك الموضع .

وإن حلف بطلاق امرأته ويقول امرأتى طالق ثلاثا ، وينوى عملا من الأعمال كالخبز والغسل أو أطالق من وثاق وينوى بقوله ثلاثا ثلاثة أيام أو أشهر أو جمع فلا حنث .

ولو بلغ سلطانا عن رجل كلام فأراد السلطان أن يحلفه عليه فالوجه أن يقول : ماالذى بلغنى عنى فإذا قال بلغنى عنك كذا ، وكذا فإن شاء حلف له بالعتاق والطلاق أنه ماقال هذا الكلام الذى حكاه هذا ولا سمع به إلا هذه الساعة

(ويغلظ بذكر أوصافه تعالى) وقيده بعضهم بفاسق ومال خطير (والاختيار) فيه و (فى صفته إلى القاضى) ويجتنب العطف كى لاتتكرر اليمين (فلو حلفه بالله ونكل عن التغليظ لايقضى عليه به) أى بالنكول لأن المقصود الحلف بالله وقد حصل زيلعى (لا) يستحب لتغليظ على المسلم (بزمان ولا بمكان) وكذا فى الحاوى وظاهره أنه مباح

فلا إثم عليه وإن شاء نوى فى الطلاق والعتاق ما شرحناه ، وإن شاء نوى أنه لم يتكلم بهذا الكلام بالكوفة مثلا غير البلد الذى تكلم فيه به أو الموضع ، أو ينوى عدم التكلم ليلا ، وإن تكلمه نهارا أو عكسه أو ينوى زمنا غير الذى تكلم فيه اه ملخصا .

أقول : الظاهر فى ذلك أن الحالف مظلوما أما لو كان ظالما فلا ينوى بل العبرة بظاهر اللفظ العرفى الذى حلف به لأن الأيمان مبنية على الألفاظ لا على الأغراض كما علم ذلك من كتاب الأيمان فراجعه (قوله ويغلظ بذكر أوصافه تعالى) أى يؤكد اليمين بذكر أوصاف الله تعالى ، وذلك مثل قوله : والله الذى لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ، ولا قبلك هذا المال الذى ادعاه ، ولا شيء منه لأن أحوال الناس شتى فمنهم من يمتنع عن اليمين بالتغليظ ، ويتجاسر عند عدمه فيغلظ عليه لعله يمتنع بذلك ، ولو لم يغلظ جاز وقيل لا تغليظ على المعروف بالصلاح ، ويغلظ على غيره وقيل يغلظ على الخطير من المال دون الحقير عينى (قوله وقيده) أى قيد بعضهم التغليظ (قوله بفاسق) أى إذا كان المدعى عليه فاسقا (قوله ومال خطير) أى كما ذكرنا كما بينه فى خزانة المفتين وتبيين الحقائق (قوله والاختيار فيه) أى فى التغليظ لما علمت من أنه جائز ويجوز إرجاع الضمير إلى أصل اليمين أى الاختيار فى اليمين بأن يقول له : قل والله أو بالله أو الرحمن أو القادر على ما سلف وقد صرحوا أن التحليف حق القاضى أى الاختيار فى صفة التغليظ إلى القضاة يزيدون فيه ماشاءوا أو ينقصون ماشاؤا ولا يغلظون لو شاءوا كما فى البحر عن الخلاصة (قوله وفى صفته) أى التغليظ التى ينطلق بها (قوله إلى القاضى) أى تفويضه إلى القاضى (قوله ويجتنب العطف) أى فى اليمين فلا يذكره بحرف العطف ويحترز عن عطف بعض الأسماء على بعض وإلا لتعدد اليمين ولو أمره بالعطف فأتى بواحدة ونكل عن الباقى لا يقضى عليه بالنكول لأن المستحق يمين واحدة وقد أتى بها كما أفاده الزيلعى وقدمناه قريبا فلا تنسه (قوله لا يستحب) وقيل : لا يجب وقيل لا يشرع وظاهر ما فى الهداية أن المنفى وجوب التغليظ بهما ، فيكون مشروعا وظاهر ما فى المحيط فى موضع أن المنفى كونه سنة وفى موضع بعده عدم مشروعيته حيث قال : لا يجوز التغليظ بالزمان والمكان وصرح فى غاية البيان أن للحاكم فعله عندنا إن رأى ذلك ، وإنما الخلاف فى كونه واجبا أو سنة . وفى البحر : لا يجوز التغليظ بالمكان قال فى الكافى : قيل لا يجب وقيل لا يشرع ، لأن فى التغليظ بالزمان تأخير حق المدعى إلى ذلك الزمان قال العلامة المقدسى : وكذا فى المكان لأن فيه التأخير إلى الوصول إلى ذلك المكان المغلظ به . فلا يشرع كذا فى التبيين والكافى اه .

قلت : وهذا لا يظهر إذا كان على وفق مطلوبه ، ولو علل بمخالفته المشروع لكان أولى وعند الشافعى يستحب هذا التغليظ فى قول ، ويجب فى قول به قال مالك كما فى البناية وغيره .

أقول : الظاهر أن المذهب عندنا عدم جواز هذا التغليظ وعليه دلائل مشايخنا المذكورة فى الشروح ، وأما سلب حسن هذا لتغليظ تارة وسلب الوجوب أخرى فى عباراتهم فمبنى على نفى مذهب الخصم تدبر (قوله بزمان) مثل يوم الجمعة (قوله ولا بمكان) مثل الجامع عند المنبر أو ما بين الركن والمقام وعند قبره عليه الصلاة والسلام وعند صخرة بيت المقدس (قوله وظاهره أنه مباح) فيه أن المباح ما استوى طرفاه فكان يقول فهو خلاف الأولى .

(ويستحلف اليهودى بالله الذى أنزل التوراة على موسى والنصرانى بالله الذى أنزل الإنجيل على عيسى والمجوسى بالله الذى خلق النار) فيغلظ على كل بمعتقده فلو اكتفى بالله كالمسلم كفى اختيار (والوثنى بالله تعالى) لأنه يقر به وإن عبده غير

وأقول : كيف يكون مباحا وفيه زيادة على النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم « اليمين على من أنكر » وهو مطلق عن التقييد بزمان ، أو مكان والتخصيص بهما زيادة على النص ، وهو نسخ كما أفاده العينى وفى شرح الملتقى للداماد وعند الأئمة الثلاثة يجوز أن تغلظ بهما أيضا إن كانت اليمين فى قسامة ولعان ومال عظيم قال القهستانى : وعن أبى يوسف أنه يوضع المصحف فى حجره ، ويقرأ الآية المذكورة وهى - إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا - الآية ثم يحلف فى مكان منها كما فى المضمرات (قوله ويستحلف اليهودى) قال فى المصباح(١) اليهودى نسبة إلى هود وهو اسم نبى عربى وسمى بالجمع والمضارع من هدى إذا رجع ويقال هم يهود وهو غير منصرف للعلمية ووزن الفعل ، وجاز تنوينه وقيل نسبة إلى يهود بن يعقوب (قوله بالله الذى أنزل التوراة على موسى) لقوله عليه الصلاة والسلام لابن صوريا الأعور «أنشدك بالله الذى أنزل التوراة على موسى أن حكم الزنا فى كتابكم هذا » كما فى البحر .

قال فى البدائع : ولا يحلف على الإشارة إلى مصحف معين أى من التوراة بأن يقول : بالله الذى أنزل هذه التوراة أو هذا الإنجيل لأنه ثبت تحريف بعضها فلا يؤمن أن تقع الإشارة إلى الحرف المحرف فيكون التحليف تعظيما لما ليس كلام الله تعالى شرنبلالية أو من حيث أن المجموع ليس كلام الله تعالى ط (قوله والنصرانى) قال فى المصباح رجل نصرانى بفتح النون وامرأة نصرانية ، وربما قيل نصران ونصرانة ويقال هو نسبة إلى قرية يقال لها نصرة ، ولهذا قيل فى الواحد نصرى على القياس والنصارى جمعه مثل مهرى ومهارى ثم أطلق النصرانى على كل من تعبد بهذا الدين اه (قوله والمجوسى) قال فى المصباح : هى كلمة فارسية يقال تمجس إذا دخل فى دين المجوس كما يقال تهود أو تنصر إذا دخل فى دين اليهود والنصارى (قوله فيغلظ على كل بمعتقده) لتكون ردعا له عن اليمين الكاذبة قال فى البحر : وما ذكره من صورة تحليف المجوسى مذكور فى الأصل ، وروى عن أبى حنيفة أنه لا يحلف أحد أى من أهل الكفر إلا بالله خالصا تحاشيا عن تشريك الغير معه فى التعظيم ، وذكر الخصاف أنه لا يحلف غير اليهودى والنصرانى إلا بالله واختاره بعض مشايخنا لما فى ذكر النار من تعظيمها ولا ينبغى ذلك بخلاف الكتابين ، لأنهما من كتبه تعالى ، وظاهر ما فى المحيط أن ما فى الكتاب قول محمد وما ذكره الخصاف قولهما .

فإن قلت : إذا حلف الكافر بالله فقط ونكل عما ذكر هل يكفيه أم لا ؟ قلت : لم أره صريحا وظاهر قولهم إنه يغلظ به أنه ليس بشرط وأنه من باب التغليظ ، فيكفى بالله ولا يقضى عليه بالنكول عن الوصف المذكور اه (قوله اختيار) قال فيه بعد قول المتن ويستحلف اليهودى الخ ولو اقتصر فى الكل على قوله بالله فهو كاف لأن الزيادة للتأكيد كما قلنا فى المسلم ، وإنما يغلظ ليكون أعظم فى قلوبهم فلا يتجاسرون على اليمين الكاذبة اه (قوله والوثنى) الوثن الصنم سواء كان من خشب أو حجر أو غيره والجمع وثن مثل أسد وأسد وأوثان ، وينسب إليه من يتدين بعبادته على لفظه فيقال : رجل وثنى وأراد بالوثنى المشرك سواء عبد صنما أو وثنا أو غيرهما (قوله لأنه يقر به وإن عبد غيره) أى يعتقد أن الله تعالى خالقه لكنه يشرك معه غيره قال تعالى - ولئن سألتهم

---

(١) (قوله قال فى المصباح الخ) بمراجعة عبارة المصباح يظهر لك ما فى هذه العبارة اه مصححه .

وجزم ابن الكمال بأن الدهرية لا يعتقدونه تعالى .

قلت : وعليه فبماذا يحلفون وبقى تحليف الأخرس أن يقول له القاضى : عليك عهد الله وميثاقه إن كان كذا وكذا فإذا أومأ برأسه أى نعم صار حالفا ، ولو أصم أيضا كتب له ليجيب بخطه إن عرفه وإلا فبإشاراته ، ولو أعمى أيضا فأبوه أو وصيه أو من نصبه القاضى شرح وهبانية (ولا يحلفون فى بيوت عباداتهم) لكراهة

من خلق السموات والأرض ليقولن الله - (قوله وجزم ابن الكمال بأن الدهرية) بفتح الدال أى الطائفة الذين يقولون : بقدم الدهر وينكرون الصانع ويقولون : إن هى إلا أرحام تدفع وأرض تبلع ، ومايهلكنا إلا الدهر قال فى القاموس : الدهر قد يعد فى الأسماء الحسنى والزمن الطويل والأمد الممدود وألف سنة والدهرى ويضم القائل ببقاء الدهر (قوله لا يعتقدونه تعالى) وإن قالوا بقدمه لأن قدمه عندهم بأنه قديم بالزمان وذلك لأن منهم من يقول القدماء خمسة الرب والدهر والفلك والعناصر ، والفراغ أى الخلاء وراء العام فالزهرا الخالق لها (١) وهى قديمة بالزمان لا بالذات كما فى حاشية الكبرى (قوله قلت وعليه فبماذا يحلفون) قلت يحلفون بالله تعالى لما فى معراج الدراية عن المبسوط الحر والمملوك والرجل والمرأة والفاسق والصالح والكافر والمسلم فى اليمين ، سواء لأن المقصود هو القضاء بالنكول ، وهؤلاء فى اعتقاد الحرمة فى اليمين الكاذبة سواء اه .

أقول : والزنديق والمباحى داخلون تحت المشركين إذ قدسبق فى صدر الكتاب من البدائع أنهم لم يتجاسروا فى عصر من الأعصار على إظهار نحلهم سوى كفرهم ، فلما لم يقروا بالواجب الوجود لله تعالى تقدس عمايقول الظالمون ، ولا نبى من الأنبياء ، ولم يقدروا على إظهار مللهم ألحقوا بالمشركين ، فيعدون منهم حكما على أنه قد صرح فى بعض الكتب أنهم يقرون به تعالى . ولكن ينفون القدرة عنه تعالى ؛ فظهر أن الكفرة بأسرهم يعتقدون الله تعالى وتعمهم الآية الكريمة المتقدمة ، فيستحلفون بالله تعالى ، سواء كان المستحلف ممن يعتقد الله تعالى أولا فإنه وإن لم يعلم الله تعالى ، فإن الله تعالى يعلمه فإذا حلف به كاذبا فالله تعالى يقطع دابره ويجعل درياه بلاقع أى خالية وحينئذ فلا معنى لقول الشارح : قلت الخ تأمل .

أقول : وهذا كله بخلاف الكتابيين كما مر من أنهم يحلفون بالله الذى أنزل التوراة أو الإنجيل ، وفى المقدسى لأنهما من كتبه تعالى قال فى شرح الأقطع : أما الصابئة إن كانوا يؤمنون بإدريس عليه السلام استحلفوا بالذى أنزل الصحف على إديس عليه السلام وإن كانوا يعبدون الكواكب استحلفوا بالذى خلق الكواكب اه إتقانى ولا تنس ما قررته (قوله أن يقول له القاضى عليك عهد الله) ولا يقول له : تحلف بالله ما لهذا عليك حق فإنه لا يكون يمينا ، ولو أشار بنعم لأنه يصير كأنه قال : احلف وذلك لا يكون يمينا أفاده الاتقانى قال فى الشرنبلالية ، ولا يقول له بالله إن كان كذا لأنه إذا قال نعم يكون إقرارا لا يمينا اه (قوله فإذا أومأ برأسه أى نعم صار حالفا) وإن أشار بالإنكار صار نكولا ويقضى عليه قنية (قوله أن عرفه) أى الخط (قوله وإلا فبإشارته) ويعامل معاملة الأخرس عبد البر (قوله ولو أعمى أيضا) أى وهو أصم أخرس (قوله فأبوه الخ) مراده به ما يعم الجد كما أن المراد بوصيه ما يشمل وصى الجد أفاده عبد البر ، وظاهره أنه يستحلف عنه ، فإن كان كذلك فإنه يكون مخصصا لما تقدم من قوله إن النيابة لا تجرى فى الحلف كذا أفاده بعض الفضلاء ، لكن صرح العلامة أبو السعود بأنه مستثنى من قولهم الحلف لا تجرى فيه النيابة ، وهو ظاهر فى أنه يحلف أبوه أووصيه تأمل (قوله أو من نصبه القاضى) الصواب ثم من نصبه القاضى لأنه إنما ينصب عنه إذا فقد من سبق ذكره

---

(١) (قوله فالزهرا الخالق لها) هكذا بالأصل ولتحرر هذه العبارة .

دخولها بحر (ويحلف القاضى) فى دعوى سبب يرتفع (على الحاصل) أى على صورة إنكار المنكر فسره

عبد البر وهل يحلفون على العلم لكونه مما يتعلق به حق الغير أو على البت يحرر ط (قوله بحر) قال فيه والقاضى لا يحضرها بل هو ممنوع عن ذلك كذا فى الهداية ولو قال المسلم : لا يحضرها لكان أولى لما فى التتارخانية يكره للمسلم الدخول فى البيعة والكنيسة من حيث إنه مجمع الشياطين والظاهر أنها تحريمية لأنها المرادة عند الإطلاق ، وقد أفتيت بتعزير مسلم لازم الكنيسة مع اليهود اهـ (قوله فى دعوى سبب يرتفع) أىّ سبب ملك ولو حكميا أو سبب ضمان . وقيد به لأن الدعوى إذا وقعت مطلقة عن سبب بأن ادعى عبدا أنه ملكه فاليمين على الحكم بلا خلاف فيقال : قل بالله ما هذا العبد لفلان هذا ولا شىء منه كما فى العمادية (قوله يرتفع) أى برافع كالإقالة والطلاق والرد (قوله أى على صورة إنكار المنكر) وهو صورة دعوى المدعى بحر هذا معناه الاصطلاحى ، أما معناه اللغوى فالحاصل من كل شىء ما بقى وثبت وذهب ماسواه كما فى القاموس ، ويمكن اعتباره هنا فإنه يحلف على الثابت والمستقر الآن ويكون قوله أى على صورة الخ تفسير مراد ، وإنما كان على صورته لأن المنكر يقول لم يكن بيننا بيع ولا طلاق ولا غصب .

والحاصل : أن التحليف على الحاصل نوع آخر من كيفية اليمين ، وهو الحلف على الحاصل والسبب ، والضابط فى ذلك أن السبب إما أن يكون مما يرتفع برافع أولا ، فإن كان الثانى فالتحليف على السبب بالإجماع وإن كان الأول فإن تضرر المدعى بالتحليف على الحاصل عند الطرفين ، وعلى السبب عند أبى يوسف كما سيأتى مفصلا .

قال فى نور العين : النوع الثالث فى مواضع التحليف على الحاصل والتحليف على السبب جغ .

ثم المسألة على وجوه : إما أن يدعى المدعى دينا أو ملكا فى عين أو حقا فى عين ، وكل منها على وجهين إما أن يدعيه مطلقا أو بناء على سبب ، فلو ادعى دينا ولم يذكر سببه يحلف على الحاصل ماله قبلك ما ادعاه ولا شىء منه . وكذا لو ادعى ملكا فى عين حاضر أو حقا فى عين حاضر ادعاه مطلقا ، ولم يذكر له سببا يحلف على الحاصل ماهذا لفلان ولا شىء منه ، ولو ادعاه بناء على سبب بأن ادعى دينا بسبب قرض أو شراء أو ادعى ملكا بسبب بيع أو هبة أو ادعى غصبا أو وديعة أو عارية يحلف على الحاصل فى ظاهر الرواية ، لا على السبب بالله ما غصبت ما استقرضت ما أودعك ما اشتريت منه كافى وعن أبى يوسف يحلف على السبب فى هذه الصور المذكورة إلا عند تعريض المدعى عليه نحو أن يقول : أيها القاضى قد يبيع الإنسان شيئا ثم يقيل فحينئذ يحلف القاضى على الحاصل صح وذكر شمس الأئمة الحلوانى رواية أخرى عن أبى يوسف إن المدعى عليه لو أنكر السبب يحلف على السبب ولو قال : ماعلى مايدعيه يحلف على الحاصل قاضيخان وهذا أحسن الأقاويل عندى وعليه أكثر القضاة .

يقول الحقير : وكذا فى مختارات النوازل لصاحب الهداية اهـ . وقال فخر الإسلام البزدوى : اللائق أن يفوض الأمر إلى القاضى فيحلف على الحاصل أو السبب أيهما رآه مصلحة كما فى الكافى ، وما فى المتن ظاهر الرواية كما فى الشروح ، واعترض على رواية عن أبى يوسف بأن اللائق التحليف على السبب دائما ، ولا اعتبار للتعريض ، لأنه لو وقع فعلى المدعى البينة وإن عجز فعلى المدعى عليه اليمين ، وأجيب بأنه قد لا يقدر عليها والخصم ممن يقدم على اليمين الفاجرة فاللائق التحليف على الحاصل كى لا يبطل الحق قال البرجندى : ماذكره المعترض إعتراض على قول أبى يوسف : بأنه لا فرق فى ذلك بين التعريض وعدمه وذا لا يندفع بهذا الجواب

بقوله (أى بالله ما بينكما نكاح قائم و) ما بينكما (بيع قائم وما يجب عليك رده) لوقائما أو بدله لوهالكا (وما هى بائن منك) وقوله (الآن) متعلق بالجميع مسكين (فى دعوى نكاح وبيع وغصب وطلاق) فيه لف ونشر لا على السبب أى بالله ما نكحت وما بعت

(قوله أى بالله مابينكما نكاح قائم) إدخال النكاح فى المسائل التى يحلف فيها على الحاصل عندهما غفلة من صاحب الهداية ، والشارحين لأن أبا حنيفة لايقول بالتحليف بالنكاح إلا أن يقال إن الإمام فرع على قولهما كتفريعه فى المزارعة على قولهما بحر أو يقال إنه محمول على ماإذا كان مع النكاح دعوى المال كما نقل عن المقدسى ولكن ذكره فى اليعقوبية أيضا ثم قال : وهذا بعيد لأن الظاهر أنه يحلف عنده فى تلك الصورة على عدم وجوب المال لاعلى عدم النكاح فليتأمل اه (قوله وما بينكما بيع قائم الآن)هذا قاصر والحق مافى الخزانة من التفصيل قال المشترى : إذا ادعى الشراء فإن ذكر نقد الثمن فالمدعى عليه يحلف بالله ماهذا العبد ملك المدعى ، ولا شىء منه بالسبب الذى ادعى ، ولا يحلف بالله مابعته وإن لم يذكر المشترى نقد الثمن يقال له : أحضر الثمن فإذا أحضره استحلفه بالله مايملك قبض هذا الثمن ولا تسليم هذا العبد من الوجه الذى ادعى ، وإن شاء حلفه بالله مابينك وبين هذا شراء قائم الساعة .

والحاصل : أن دعوى الشراء مع نقد الثمن دعوى المبيع ملكا مطلقا وليست بدعوى العقد ولهذا تصح مع جهالة الثمن فيحلف على ملك المبيع ، ودعوى البيع مع تسليم المبيع ، ودعوى الثمن معنى وليست بدعوى العقد ولهذا تصح مع جهالة المبيع فيحلف على ملك الثمن (قوله وما يجب عليك رده الآن) الصواب مافى الخلاصة مايجب عليك رده ولا مثله ولابدله ولا شىء من ذلك انتهى . وإلى بعض ذلك أشار الشارح بقوله : أو بدله لأن المغصوب ، لو كان هالكا لايجب على الغاصب رد عينه لتعذر ذلك بل يجب عليه رد مثله لو مثليا أو قيمته لو قيميا ، فلو حلفه بالله مايجب عليك رده ، وكان ذلك بعد هلاكه وحلف على ذلك لم يحنث لعدم وجوب رده ح بل يحلفه بالله مايجب عليك رده ، ولا رد بدله ليعم حاله قيام المغصوب ، وهلاكه فلو ادعى عليه قيام المغصوب حلفه بالله مايجب عليك رده ، وإن ادعى عليه أن المغصوب قد هلك فى يده ويريد تضمينه حلف بالله مايجب عليك بدله ، وإنما عبر بالبدل ليعم المثل لو مثليا والقيمة لو قيميا (قوله وماهى بائن منك الآن) هذا فى البائن الواحد ، وأما إذا كان بالثلاث يحلف بالله ماطلقتها ثلاثا فى النكاح الذى بينكما ، وفى الرجعى يحلف بالله تعالى ماهى طالق فى النكاح الذى بينكما ، وهو معنى قوله الآن . قال الإسبيجابى : يحلف بالله ماطلقتها ثلاثا فى النكاح الذى بينكما (قوله وما بعت) أى أو ماغصبت ، أو ماطلقت لاحتمال أنه رده أو جدد النكاح بعد الإبانة قال فى البحر : ولم يستوف المؤلف رحمه الله تعالى المسائل المفرعة على هذا الأصل فمنها الأمانة والدين وقد ذكرناهما .

وفى منية المفتى : المدعى عليه الألف يحلف بالله ماله قبلك مايدعى ولا شىء منه ، لأنه قد يكون عليه الألف إلا درهما فيكون صادقا اه :

وفيما ذكره الإسبيجابى فى التحليف على الوديعة إذا أنكرها المدعى عليه يحلف على صورة إنكاره بالله ليس له عندك شىء ، ولا عليك دين وعند أبى يوسف بالله ماأودعه ولاباعه : ولا أقرضه قصور (١) والصواب مافى الخزانة.

وفى دعوى الوديعة : إذا لم تكن حاضرة يحلف بالله ماله هذا المال الذى ادعاه فى يديك وديعة ولا شىء

---

(١) (قوله قصور) هو مبتدأ خبره قوله فيما تقدم وفيما ذكره الإسبيجابى اه منه .

. . . .

منه . ولا له قبلك حق منه لأنه متى استهلكها أو دل إنسانا عليها لاتكون فى يديه ، ويكون عليه قيمتها فلا يكتفى بقوله فى يديك بل يضم إليه ولا له قبلك حق منه احتياطا اه .

ومنها : دعوى الملك المطلق . فإن كان فى ملك منقول حاضر فى المجلس يحلف بالله ماهذا العين ملك المدعى من الوجه الذى يدعيه ولا شىء منه . وإن كان غائبا عن المجلس إن أقر المدعى عليه أنه فى يده وأنكر كونه ملك المدعى كلف احضاره ليشير إليه وإن أنكر كونه فى يده فإنه يستحلف بعد صحة الدعوى مالهذا فى يديك كذا ولا شىء منه ، ولا شىء عليك ولا قبلك ، ولا قيمة وهى كذا ولا شىء منها كذا فى الخزانة .

ومنها دعوى إجارة الضيعة أو الدار أو الحانوت أو العبد أو دعوى مزارعة فى أرض أو معاملة فى نخل بالله مابينك وبين هذا المدعى إجارة قائمة تامة لازمة اليوم فى هذا العين المدعى ولا له قبلك حق بالإجارة التى وصفت كذا فى الخزانة .

ومنها : مالو ادعت امرأة على زوجها أنه جعل أمرها بيدها ، وإنها اختارت نفسها وأنكر الزوج فالمسألة على ثلاثة أوجه : إما أن ينكر الزوج الأمر والاختيار جميعا وفيه لايحلف على الحاصل ، بلا خلاف لأنه لو حلف ماهى بائن منك الساعة ربما تأول قول بعض العلماء إن الواقع بالأمر باليد رجعى ، فيحلف على السبب ، ولكنه يحتاط فيه للزوج بالله ماقلت لها منذ آخر تزوج تزوجتها أمرك بيدك ، وماتعلم أنها اختارت نفسها بحكم ذلك الأمر وإن أقر بالأمر وأنكر اختيارها يحلف بالله ماتعلم أنها اختارت نفسها وإن أقر بالاختيار ، وأنكر الأمر يحلف بالله ماجعلت أمر امرأتك هذه بيدها قبل أن تختار نفسها فى ذلك المجلس ، وكذا إن ادعت أن الزوج حلف بطلاقها ثلاثا أن لايفعل كذا وقد فعل فهو على التفصيل كذا فى الخزانة .

ومنها : أن ماذكره فى حلف البيع قاصر والحق مافى الخزانة وقد قدمناه قريبا .

ومنها : فى دعوى الكفالة إذا كانت صحيحة بأن ذكر أنها منجزة أو معلقة بشرط متعارف ، وأنها كانت بإذنه أو أجازها فى المجلس ، وإذا حلفه يحلفه بالله ماله قبلك هذه الألف بسبب هذه الكفالة التى يدعيها حتى لايتناوله كفالة أخرى ، وكذا إذا كانت كفالة بعرض بالله ماله قبلك هذا الثوب بسبب هذه الكفالة ، وفى النفس بالله ماله قبلك تسليم نفس فلان بسبب هذه الكفالة التى يدعيها كذا فى الخزانة .

ومنها : تحليف المستحق قال فى الخزانة : رجل أعار دابة أو أجرها أو أودعها فجاء مدع ، وأقام بينة أنها له لايقضى له بشىء حتى يحلف بالله مابعت ولا وهبت ولا أذنت فيهما ، ولا هى خارجة عن ملكك للحال .

ومنها : إذا ادعى غريم الميت إيفاء الدين له وأنكر الوارث يحلف ماتعلم أنه قبضه ، ولاشىء منه ولابرىء إليه منه كذا فى الخزانة وقدمنا كيفية تحليف مدعيه على الميت .

وفى جامع الفصولين أقول : قوله ولا برىء الخ لاحاجة إليه لأنه يدعى الإيفاء لا البراءة فلا وجه لذكره فى التحليف اه وأجبت عنه فيما كتبناه عليه بجواز أن الميت أبرأه ، ولم يعلم المديون أنه لايتوقف على قبوله اه .

أقول : وأجاب عنه أيضا فى نور العين حيث قال قوله : لاحاجة إليه محل نظر لأن المدعى هو إيفاء مجموع الدين . فلو أريد تسويته بالمحلوف عليه لاكتفى فى الحلف بلفظ ماتعلمون أن أباكم قبضه فزيادة لفظ ولا شىء منه تدل قطعا على أن المراد إنما هو دفع جميع الوجوه المحتملة فى جانب المورث نظرا للغريم وشفقة

خلافا للثانى نظرا للمدعى عليه أيضا لاحتمال طلاقه وإقالته (إلا إذا لزم) من الحلف على الحاصل (ترك النظر للمدعى فيحلف) بالإجماع (على السبب) أى على صورته دعوى المدعى (كدعوى شفعة بالجوار ونفقة مبتوتة والخصم لا يراهما) لكونه شافعيا لصدق حلفه على الحاصل فى معتقده

عليه ، ويجوز أن يكون وجه زيادة ، ولا برىء إليه احتمال أن الغريم تجوّز فأراد بالإيفاء الإبراء نظرا إلى اتحاد مآلها وهو خلاص الذمة اه .

وفى البحر أيضا : ومنها فى دعوى الإتلاف . قال فى الخزانة : ادعى على آخر أنه خرق ثوبه ، وأحضر الثوب معه إلى القاضى لايحلفه ماخرقت لاحتمال أنه خرقه وأداه ضمانه ثم ينظر فى الخرق إن كان يسيرا وضمن النقصان يحلف ماله عليك هذا القدر من الدراهم التى تدعى ، ولا أقل منه وإن لم يكن الثوب حاضرا كلفه القاضى بيان قيمته ، ومقدار النقصان ثم تترتب عليه اليمين وكذلك هذا فى هدم الحائط أو فساد متاع أو ذبح شاة أو نحوه اه .

ثم اعلم أنه تكرر منهم فى بعض صور التحليف تكرار لا فى لفظ اليمين خصوصا فى تحليف مدعى دين على الميت ، فإنها تصل إلى خمسة وفى الاستحقاق إلى أربعة مع قولهم فى كتاب الأيمان اليمين تتكرر بتكرار حرف العطف ، مع قوله : لا كقوله : لا آكل طعاما ولا شرابا ومع قولهم هنا فى تغليظ اليمين : يجب الاحتراز عن العطف ، لأن الواجب يمين واحدة فإذا عطف صارت أيمانا ، ولم أر عنه جوابا بل ولا من تعرض له اه .

قال الرملى : إذا تأمل المتأمل وجد التكرار لتكرار للمدعى فليتأمل اه يعنى أن المدعى وإن ادعى شيئا واحدا فى اللفظ لكنه مدع لأشياء متعددة ضمنا فيحلف الخصم عليها احتياطا (قوله خلافا للثانى) فقال اليمين تستوفى لحق المدعى ، فيجب مطابقتها لدعواه والمدعى هو السبب إلا إذا عرض المدعى عليه بما ذكرنا بأن يقول المطلوب عند طلب يمينه قد يبيع الشخص شيئا ثم يقايل فيحلف حينئذ على الحاصل ط وقدمنا الكلام عليه مستوفى (قوله نظرا للمدعى عليه) أى كما هو نظر للمدعى وهذا تعليل لقول الإمام والثالث ، وهو مامشى عليه فى المتن من التحليف على الحاصل يعنى إنما يحلفه على الحاصل ، لا على السبب لاحتمال طلاقه بعد النكاح وإقالته بعد البيع أى وأدائه أو إبرائه بعد الغصب ، وتزوّجه بعد الإبانة ولو بعد زوج آخر فى الحرمة الغليظة فلو حلف على السبب لكان حانثا ، ولو ادعى الواقع بعد السبب لكلف إثباته ، فيتضرر بذلك فكان فى التحليف على الحاصل نظر للمدعى عليه (قوله لاحتمال طلاقه) أى فى دعوى النكاح (قوله وإقالته) أى فى البيع وإدانته أو إبرائه بعد الغصب وتزوّجه بعد الإبانة .

والحاصل : أن اليمين كما تقدم شرعت لرجاء النكول فإذا حلف على السبب الذى يرتفع برافع فنكل وأقر بالسبب ثم ادعى الرافع لايقبل منه فيتضرر ، بخلاف ما إذا حلف على الحاصل فإن فيه نظرا إليها (قوله على السبب) بأن يحلفه بالله ما اشتريت هذه الدار وما هى مطلقة منك بائنا فى العدة وتقدم تفصيله موضحا فارجع إليه (قوله كدعوى شفعة بالجوار ونفقة مبتوتة) قيد بهما لأن فى الشفعة بالشركة ونفقة الرجعى يستحلف على الحاصل عندهما وعند أبى يوسف على السبب إلا إذا عرض كما سبق أبو السعود (قوله لكونه شافعيا) ظاهر كلام الخصاف والصدر الشهيد أن معرفة كون المدعى عليه شافعيا إنما هو بقول المدعى ، ولو تنازعا فالظاهر من كلامهم أنه لا اعتبار بقول المدعى عليه بحر ؛ أى سواء كان فى جميع المسائل أو فى هذه المسألة فقط ، حتى لو كان حنفيا لحلف على السبب لاحتمال أن يقصد تقليد الشافعى فى هذه المسألة عند الحلف ،

فتضرر المدعى .

قلت : ومفاده أنه لا اعتبار بمذهب المدعى عليه وأما مذهب المدعى ففيه خلاف والأوجه أن يسأله القاضى هل تعتقد وجوب شفعة الجوار أولا واعتمده المصنف (وكذا) أى يحلف على السبب إجماعا (فى سبب لا يرتفع) برافع بعد ثبوته (كعبد مسلم يدعى) على مولاه (عتقه) لعدم تكرر رقه (و) أما (فى الأمة) واو مسلمة (والعبد الكافر) فلتكرر رقهما باللحاق حلف مولاهما (على الحاصل) والحاصل : اعتبار الحاصل إلا لضرر مدع وسبب غير متكرر (وصح فداء اليمين والصلح منه

لأن الشافعى يحلف على الحاصل معتقدا مذهبه أنها لا تستحق نفقة ولا شفعة مثلا فيضيع النفع . فإذا حلف أنه ما أبانها وما اشترى ظهر النفع ورعاية جانب المدعى أولى ؛ لأن السبب إذا ثبت ثبت الحق واحتمال سقوطه بعارض موهوم . والأصل عدمه حتى يقوم الدليل على العارض .

قال تاج الشريعة : حكى عن القاضى أبى على النسفى أنه قال : خرجت حاجا فدخلت على القاضى أبى عاصم فإنه كان يدرس وخليفته يحكم فوافق جلوسى أن امرأة ادعت على زوجها نفقة العدة ، وأنكر الزوج فحلفه بالله ما عليك تسليم النفقة من الوجه الذى تدعى . فلما تهيأ الرجل ليحلف نظرت إلى القاضى ، فعلم أنى لماذا نظرت فنادى خليفته وقال : سل الرجل من أى محلة هو حتى إن كان من أصحاب الحديث حلفه بالله ما هى معتدة منك لأن الشافعى لا يرى النفقة للمبتوتة ، وإن كان من أصحابنا حلفه بالله ما لها عليك تسليم النفقة إليها من الوجه الذى تدعى نظراً لها اه (قوله فيتضرر المدعى) فإن قلت : التحليف على السبب روعى فيه جانب المدعى . ولا نظر فيه للمدعى عليه لأنه قد يثبت البيع والشراء ، ولا شفعة بأن يسلمها المدعى ، أو يسكت عن الطلب .

والجواب : أن القاضى لا يجد بدا من إلحاق الضرر بأحدهما ورعاية جانب المدعى أولى ؛ لأن سبب وجوب الحق له . وهو الشراء إذا ثبت ثبت الحق له وثبوته إنما يكون بأسباب عارضة فصح التمسك بالأصل حتى يقوم دليل على العارض كما قدمناه قريبا (قوله وأما مذهب المدعى ففيه خلاف) فقيل لا اعتبار به أيضا ، وإنما الاعتبار لمذهب القاضى ؛ فلو ادعى شافعى شفعة الجوار عند حنفى سمعها وقيل لا (قوله والأوجه أن يسأله) أى المدعى (قوله هل تعتقد وجوب شفعة الجوار أولا) فإن قال اعتقدها يحلف على الحاصل ، وإن كان لا يعتقدها يحلف على السبب (قوله واعتمده المصنف) أى تبعا للبحر . والذى يظهر القول بأنه لا اعتبار بمذهب المدعى عليه بل لمذهب القاضى كما هو أحد الأقوال الثلاثة . حتى لو ادعى شافعى شفعة الجوار عند حنفى سمعها ألا يرى أن أهل الذمة إذا تحاكموا إلينا نحكم عليهم بمعتقدنا . فهذا أولى فليتأمل على أن قضاة زماننا مأمورون بالحكم بمذهب سيدنا أبى حنيفة رحمه الله تعالى من السلطان عز نصره (قوله لعدم تكرر رقه) لأن المرتد لا يسترق وإن لحق بدار الحرب لأنه لو ظفر به فموجبه القتل فقط إن لم يسلم كما مر فى بابه والظاهر أنه يكتفى بإسلامه حال الدعوى عملا باستصحاب الحال كما فى مسألة الطاحون (قوله على الحاصل) فيحلف السيد على أنه ما بينكما عتق قائم الآن لا ما أعتقته ، لجواز أنه أعتقه فلحق ثم عاد إلى رقه فيتضرر بصورة هذا اليمين وكذا يقال فى الأمة ط (قوله وصح فداء اليمين) أى بمثل المدعى . أو أقل حموى مثاله إذا توجه حلف على المدعى عليه فأعطى المدعى مثل المدعى أو أقل صح (قوله والصلح منه) أى على شىء أقل من المدعى لأن مبنى الصلح على الحطيطة حموى . فيكون الفداء أعم من الصلح وحينئذ فيحتاج إلى نكتة ، وظاهر

لحديث « ذبوا عن أعراضكم بأموالكم» وقال الشهيد الاحتراز عن اليمين الصادقة واجب .
قال فى البحر : أى ثابت بدليل جواز الحلف صادقا (ولا يحلف) المنكر (بعده) أبدا لأنه أسقط حقه (و) قيد بالفداء والصلح لأن المدعى (لو أسقطه) أى اليمين (قصدا بأن قال : برئت من الحلف أو تركته عليه أو وهبته لا يصح وله التحليف) بخلاف البراءة عن المال لأن التحليف للحاكم بزازية وكذا إذا اشترى يمينه لم يجز لعدم ركن البيع درر .
[فرع] استكلف خصمه فقال حلفتنى مرة أن عند حاكم أو محكم وبرهن قبل وإلا فله تحليفه درر .

ماقرره الشارح أن أخذ المال فى الفداء والصلح عن اليمين إنما يحل إذا كان المدعى محقا ليكون المأخوذ فى حقه بدلا كما فى الصلح عن إنكار فإن كان مبطلا لم يجز اهـ بحر (قوله لحديث ذبوا عن أعراضكم بأموالكم) قال الحموى : لما روى عن حذيفة رضى الله تعالى عنه أنه افتدى يمينه بمال ، وكذا عثمان رضى الله تعالى عنه افتدى يمينه حين ادعى عليه أربعون درهما فقيل : ألا تحلف وأنت صادق فقال : أخاف أن يوافق قدر يمينى فيقال : هذا بيمينه الكاذبة ، ولأن فيه صون عرضه وهو مستحسن عقلا وشرعا ، ولأنه لو حلف يقع فى القيل والقال ، فإن الناس بين مصدق ومكذب ، فإذا افتدى بيمينه فقد صان عرضه وهو حسن قال عليه الصلاة والسلام « ذبوا عن أعراضكم بأموالكم » (قوله أى ثابت) الأولى أن يقال أى لازم من جهة الحزم والمروءة وصيانة العرض أى متأكد الفعل بمنزلة الواجب العرفى لا الشرعى كما هو المتبادر من العبارة نعم هو غير واجب شرعا لما علل به (قوله بدليل جواز الحلف صادقا) وقد وقع من النبى صلى الله تعالى عليه وسلم تعليما وتشريعا (قوله ولا يحلف) بالتشديد من التحليف : أى ليس للمدعى أن يحلفه بعد (قوله لأنه) أى لأن المدعى أسقط حقه فى اليمين بأخذ الفداء أو الصلح عنه (قوله أسقط) الذى فى البحر لأنه أسقط خصومته بأخذ المال منه (قوله حقه) أى حق خصومته بأخذ المال منه (قوله لو أسقطه أى اليمين) ذكر باعتبار كون اليمين قسما وإلا فهى مؤنثة (قوله أو تركته عليه) الأوضح أو تركته لك ليناسب الخطاب قبله ولا يظهر التعبير بعلى (قوله بخلاف البراءة عن المال) أى فإنها له فيستقل بالبراءة منه وكذا عن الدعوى أى فيصح لأنه حقه (قوله لأن التحليف للحاكم) أى هو حق الحاكم ، حتى لو حلفه المدعى ، ولو عند الحاكم لايعتبر كما تقدم فلا يصح الإبراء عن حق غيره وإنما صح فى الفداء والصلح استحسانا على خلاف القياس بالحديث الذى ذكره ، ولأن بالفداء والصلح يأخذه المدعى على أنه هو مايدعيه على زعمه أو صلحا عنه فتسقط دعواه ، فيسقط اليمين ضمنا لا قصدا (قوله لعدم ركن البيع) وهو مبادلة المال بالمال فلم يجز لكن لايظهر تعليل الشارح فيما ذكر ، لأن الذى سبق له فى أول البيع بأن المال محل البيع على أن عبارة الدرر خلية عن ذلك حيث قال : لأن الشراء عقد تمليك المال بالمال ، واليمين ليست بمال وحينئذ فعبارة الدرر أظهر فتأمل . ولأنه إسقاط لليمين قصدا والمدعى لايملكه ، لأنه ليس حقا له بل للقاضى كما مر بخلاف الأول ، فإن الفداء والصلح وقع عن المدعى وهو حق المدعى على زعمه (قوله وإلا) أى وإن لم يكن عند حاكم أو محكم لأنه حينئذ غير معتبر وكذا إذا كان عند أحدهما ، لكن بتحليف المدعى لا الحاكم أو لم يبرهن لعدم ثبوت التحليف (قوله فله تحليفه) أى تحليف المدعى لما سبق من أن التحليف للحاكم فإذا وقع عند غيره لايبنى عليه حكم دنيوى .
قال فى نور العين : أراد تحليفه فبرهن أن المدعى حلفنى على هذه الدعوى عند قاضى كذا يقبل ، ولو لابينة له فله تحليف المدعى لأنه يدعى بقاء حقه فى اليمين ، ولو ادعى أن المدعى أبرأنى عن هذه الدعوى ، ليس

قلت : ولم أر ما لو قال : إنى قد حلفت بالطلاق أنى لا أحلف فليحرر .

باب التحالف

له تحليفه إن لم يبرهن إذ المدعى بدعواه استحق الجواب على المدعى عليه والجواب إما إقرار أو إنكار وقوله: أبرأنى الخ ليس بإقرار ولا إنكار فلا يسمع ، ويقال له أجب خصمك ثم ادع ماشئت ، وهذا بخلاف مالو قال : أبرأنى عن هذا الألف ، فإنه يحلف إذ دعوى البراءة عن المال إقرار بوجوبه والإقرار جواب ، ودعوى الإبراء مسقط فيترتب عليه اليمين ، ومنهم من قال : الصواب أن يحلف على دعوى البراءة كما يحلف على دعوى التحليف ، وإليه مال مح ، وعليه أكثر قضاة زماننا اه وعبارة الدرر : ولو لم يكن له بينة ، واستحلفه أى أراد تحليف المدعى جاز انتهت ، وبه علم مافى عبارة الشارح من الإيهام فتنبه أفاده سيدى الوالد رحمه الله تعالى .

ونقل أيضا من البحر عن البزازية ولو قال المدعى عليه حين أراد القاضى تحليفه : أنه حلفنى على هذا المال عنه قاض آخر أو أبرأنى عنه إن برهن قبل ، واندفع عنه الدعوى وإلا قال الإمام البزدوى : انقلب المدعى مدعى عليه ، فإن نكل اندفع الدعوى ، وإن حلف لزمه المال ، لأن دعوى الإبراء عن المال إقرار بوجوب المال عليه ، بخلاف دعوى الإبراء عن دعوى المال اه وظاهر هذا أن قول الشارح ، وإلا فله تحليفه أى وإلا يبرهن فله تحليفه أى تحليف المدعى الأول تأمل (قوله قلت ولم أر الخ) قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى : وجدت فى هامش نسخة شيخنا بخط بعض العلماء مانصه : قد رأيتها فى أواخر القضاء قبيل كتاب الشهادة من فتاوى الكرنبشى معزيا لأول قضاء جواهر الفتاوى . وعبارته : رجل ادعى على آخر دعوى، وتوجهت عليه اليمين فلما عرض القاضى اليمين عليه فقال : إنى حلفت بالطلاق أن لا أحلف أبدا والآن لا أحلف ، حتى لايقع علىّ الطلاق فإن القاضى يعرض عليه اليمين ثلاثا ثم يحكم عليه بالنكول ولا يسقط عنه اليمين بهذا اليمين اه (قوله فليحرر) هو محرر لأنه ناكل عن اليمين فيقضى عليه به لأن الذى تقدم أن الآفة إنما هى قيد فى السكوت لا فى قوله : لا أحلف لو فرض أن هذا من الآفة وسبق عن العناية أن القاضى لايجد بدا من إلحاق الضرر بأحدهما فى الاستحلاف على الحاصل ، أو على السبب فمراعاة جانب المدعى أولى فعلى هذا لايعزر بدعواه بالحلف بالطلاق ، ويقضى عليه بالنكول على أن ذلك يكون بالأولى ، لأنه هو الذى ألحق الضرر بنفسه بإقدامه على الحلف بالطلاق كما أفاده أبو السعود .

وأقول : لو كان ذلك حجة صحيحة لتحيل به كل من توجهت عليه يمين فيلزم ضياع حق المدعى ومخالفة نص الحديث واليمين على من أنكر فتدبر والله تعالى أعلم وأستغفر الله العظيم .

باب التحالف

التحالف من الحلف بفتح الحاء : وهو القسم واليمين ، فيكون معناه التقاسم ، وأما الحلف بالكسر فهو : العهد وفى البحر عن القاموس : تحالفوا تعاهدوا وفى المصباح الحليف المعاهد يقال منه : تحالفا تعاهدا وتعاقدا على أن يكون أمرهما واحدا فى النصرة والحماية ، وليس بمراد هنا وإنما المراد حلف المتعاقدين عند الاختلاف يريد به أن كلا منهما لم يذكر التحالف بمعنى التقاسم ، وهذا اصطلاح جديد من الفقهاء ، ولا يذهب عليك أن هذا غفلة عن دأب أهل اللغة ، فإنهم يذكرون أصل المادة فى كل كلمة ثم يفرعون عليها المزيدات رتاة

لما قدم يمين الواحد ذكر يمين الإثنين (اختلفا) أى المتبايعان (فى قدر ثمن) أو وصفه أو جنسه (أو) فى قدر (مبيع حكم لمن برهن) لأنه نوّر دعواه بالحجة (وإن برهنا فلمثبت الزيادة) إذ البينات للإثبات (وإن اختلفا فيهما) أى الثمن والبيع جميعا (قدم برهان البائع لو) الاختلاف (فى الثمن وبرهان المشترى لو فى المبيع) نظرا لإثبات الزيادة (وإن عجزا) فى الصور الثلاث عن البينة

ولا يفرعون أخرى ، وهنا كذلك حيث فرعوا بالمزيد على الحلف بالكسر ، ولم يفرعوا به على الحلف بالفتح تدرب كما لايخفى (قوله ذكر يمين الإثنين) ليناسب الوضع الطبع (قوله فى قدر ثمن) دخل فيه رأس المال فى السلم كما دخل المسلم فيه فى المبيع بحر (قوله أو وصفه) بأن ادعى البائع أنه بدراهم رائجة وادعى المشترى أنه بدراهم فاسدة (قوله أو جنسه) بأن ادعى البائع أنه بالدنانير والمشترى بالدراهم ، وكذا لو اختلفا فى جنس العقد كالهبة والبيع على المختار فيهما (قوله أو فى قدر مبيع) ولم يتعرض للاختلاف فى وصفه أو جنسه لأنه لايوجب التحالف بل القول فيه للبائع مع يمينه صرح بالأول فى الظهيرية على ماسنذكره إن شاء الله تعالى عند ذكر الشارح له ، ولم أر من صرح بالثانى ، ولكن يدخل تحت الاختلاف فى أصل البيع تدبر (قوله لأنه نوّر دعواه بالحجة) وبقى فى الآخر مجرد الدعوى والبينة أقوى لأنها تلزم الحكم على القاضى ، بخلاف الدعوى .

وفى البحر عن المصباح ، البرهان الحجة وإيضاحها قيل النون زائدة وقيل أصلية ، وحكى الأزهرى القولين فقال فى باب الثلاثى النون زائدة وقوله : برهن فلان مولد والصواب أن يقال أبره إذا جاء بالبرهان كما قال ابن الأعرابى وقال فى باب الرباعى برهن إذا أتى بحجة اه (قوله وإن برهنا فلمثبت الزيادة) بائعا كان أو مشتريا حموى إذ لا معارضة أى فى الزيادة : أى إن برهن كل منهما فى الصورتين حكم لمن أثبت الزيادة ، وهو البائع إن اختلفا فى قدر الثمن والمشترى إن اختلفا فى قدر المبيع هذا مقتضى ظاهر كلامه ، وكذا إذا اختلفا فى وصف الثمن أو جنسه ، وبرهن كل على ماادعاه حكم لمثبت وصف أو جنس اقتضى زيادة ، وهذا مقتضى سياق كلامه وسياقه أيضا حيث صرح فى بيان اختلاف الأجل بأن التحالف يجرى فى الاختلاف فى وصف الثمن أو جنسه تدبر (قوله إذ البينات للإثبات) ومثبت الأقل لايعارض مثبت الأكثر ولأن النافى منكر ويكفيه اليمين فلا حاجة لبينته ، بخلاف مدعى الزيادة ، لأنه مدع حقيقة ، ولا يعطى بدعواه بلا برهان .

وفى الزيلعى : قال البائع : بعتك هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشترى : اشتريتها منك بمائة دينار وأقاما البينة فبينة البائع أولى ، لأنها تثبت الحق له فيه ، والأخرى تنفيه والبينة للإثبات دون النفى (قوله وإن اختلفا فيهما) أى الثمن والمبيع جميعا بأن ادعى البائع أكثر مما يدعيه المشترى من الثمن ، وادعى المشترى أكثر مما يقر البائع من المبيع فى حالة واحدة ، فبينة البائع أولى فى الثمن ، وبينة المشترى أولى فى المبيع لأن حجة البائع فى الثمن أكثر إثباتا وحجة المشترى فى المبيع أكثر إثباتا درر .

وصوره فى العناية بما إذا قال البائع بعتك هذه الجارية بمائة دينار وقال المشترى : بعتنيها وأخرى معها بخمسين دينارا ، وأقاما البينة فبينة البائع أولى فى الثمن ، وبينة المشترى أولى فى المبيع نظرا إلى إثبات الزيادة فهما جميعا للمشترى بمائة دينار قيل هذا قول أبى حنيفة آخرا ، وكان يقول أولا ، وهو قول زفر : يقضى بهما للمشترى بمائة وخمسة وعشرين دينارا (قوله لو فى الثمن) يجب إسقاط لو هنا وفى قوله لو فى المبيع ح لأن فى زيادة لو هنا فى الموضعين خللا وعبارة الهداية ، ولو كان الاختلاف فى الثمن ، والمبيع جميعا فبينة البائع فى الثمن أولى وبينة المشترى فى المبيع أولى نظرا إلى زيادة الإثبات مدنى (قوله في الصور الثلاث) فيهما

فإن رضى كل بمقالة الآخر فيها (و) إن (لم يرض واحد منهما بدعوى الآخر تحالفا) مالم يكن فيه خيار فيفسخ من له الخيار (وبدأ) بيمين (المشترى) لأنه البادئ بالإنكار وهذا (لو) كان (بيع عين بدين وإلا) بأن كان مقايضه أو صرفا (فهو مخير)

أو فى أحدهما (قوله فإن رضى كل بمقالة الآخر فيها) بأن رضى البائع بالثمن الذى ذكره المشترى عند الاختلاف فيه أو رضى المشترى بالمبيع الذى ذكره البائع إن كان الاختلاف فيه أو رضى كل بقول الآخر : إن كان الاختلاف فيهما .

والأولى فى التعبير أن يقول فإن تراضيا على شىء بأن رضى البائع بالثمن الذى ادعاه المشترى ، أو رضى المشترى بالمبيع الذى ادعاه البائع عند الاختلاف فى أحدهما ، أو رضى كل بقول الآخر عند الاختلاف فيهما ، لأن ماذكره الشارح لايشمل إلا صورة الاختلاف فيهما فتأمل (قوله وإن لم يرض واحد منهما بدعوى الآخر تحالفا) قيد به للإشارة إلى أن القاضى يقول لكل منهما إما أن ترضى بدعوى صاحبك ، وإلا فسخنا البيع لأن القصد قطع المنازعة ، وقد أمكن ذلك برضا أحدهما بما يدعيه الآخر ، فيجب أن لايعجل القاضى بالفسخ حتى يسأل كلا منهما بما يختاره كما فى الدرر ، وهذا قياسى إن كان قبل القبض لأن كلا منهما منكر واستحسانى بعده لأن المشترى لايدعى شيئا لأن المبيع سلم له بقى دعوى البائع فى زيادة الثمن والمشترى ينكره ، فكان يكتفى حلفه لكن عرفناه بحديث « إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا » .

قال فى الأشباه : ويستثنى من ذلك ما إذا كان المبيع عبدا فحلف كل بعتقه على صدق دعواه ، فلا تحالف ولا فسخ ويلزم البيع ، ولا يعتق واليمين على المشترى كما فى الواقعات اه . ويلزم من الثمن ما أقر به المشترى لأنه منكر الزيادة لأن البائع قد أقر أن العبد قد عتق (قوله تحالفا) أى اشتركا فى الحلف قهستانى وظاهر كلامهم وما سيأتى أنه يقع أيضا على الحلف منهما (قوله مالم يكن فيه خيار) أى لأحدهما قال الحموى : وأشار بعجزهما إلى أن البيع ليس فيه خيار لأحدهما ولهذا .

قال فى الخلاصة : إذا كان للمشترى خيار رؤية أو خيار عيب أو خيار شرط لايتحالفان اه والبائع كالمشترى وظاهره أنه يتعين عليه الفسخ ، فلو أبى يجبر ويحرر والمقصود أن من له الخيار متمكن من الفسخ فلا حاجة إلى التحالف . ولكن ينبغى أن البائع إذا كان يدعى زيادة الثمن ، وأنكرها المشترى فإن خيار المشترى يمنع التحالف ، وأما خيار البائع فلا ، ولو كان المشترى يدعى زيادة المبيع والبائع ينكرها فإن خيار البائع يمنعه لتمكنه من الفسخ ، وأما خيار المشترى فلا هذا ماظهر لى تخريجا لا نقلا بحر .

وحاصله : أن من له الخيار لايتمكن من الفسخ دائما فينبغى تخصيص الإطلاق (قوله فيفسخ) لأنه يستغنى عن التحالف حينئذ (قوله وبدأ) أى القاضى بيمين المشترى أى فى الصور الثلاث كما فى شرح ابن الكمال ، وكذا فى صورتى الاختلاف فى الوصف والجنس (قوله لأنه البادىء بالإنكار) لأنه يطالب أولا بالثمن وهو ينكره ولاحتمال أن ينكل فتتعجل فائدة نكوله بإلزامه الثمن ، ولو بدأ بيمين البائع فنكل تأخرت مطالبته بتسليم المبيع ، حتى يستوف الثمن ، وهذا ظاهر فى التحالف فى الثمن أما فى المبيع مع الاتفاق على الثمن ، فلا يظهر لأن البائع هو المنكر فالظاهر البداءة به ويشهد له ماسيأتى أنه إذا اختلف المؤجر والمستأجر فى قدر المدة بدىء بيمين المؤجر وإلى ذلك أومأ القهستانى وبحث مثل هذا العلامة الرملى (قوله وهذا) أى البدء بيمين المشترى (قوله مقايضة) وهى بيع سلعة بسلعة (قوله أو صرفا) هو بيع ثمن بثمن (قوله فهو مخير) لأن

وقيل يقرع ابن ملك ويقتصر على النفى فى الأصح (وفسخ القاضى) البيع بطلب أحدهما أو بطلبهما ولا ينفسخ بالتحالف ولا بفسخ أحدهما بل بفسخها بحر .

(ومن نـكل) منهما (لزمه دعوى الآخر) بالقضاء وأصله قوله صلى الله عليه وسلم « إذا اختلف المتبايعان

كلا منهما فيهما مشتر من وجه فاستويا فيخير القاضى ولأنهما يسلمان معا فلم يكن أحدهما سابقا (قوله وقيل يقرع ابن ملك) هذا راجع إلى ماقبل فقط لا إلى المقايضة والصرف لأنه لم يحك فيهما خلافا .

قال العينى : وبدأ بيمين المشترى عند محمد وأبى يوسف وزفر وهو رواية عن أبى حنيفة وعليه الفتوى ، وعن أبى يوسف أنه يبدأ بيمين البائع وهو رواية عن أبى حنيفة ، وقيل : يقرع بينهما فى البداءة اه (قوله ويقتصر على النفى) بأن يقول البائع والله ماباعه بألف ويقول المشترى والله ما اشتراه بألفين ولا يزيد الأول ولقد بعته بألفين ولا يزيد الثانى ، ولقد باعنى بألف لأن الأيمان على ذلك وضعت ألا ترى أنه اقتصر عليه فى القسامة بقولهم ماقتلنا ولا علمنا له قاتلا .

والمعنى : أن اليمين تجب على المنكر وهو النافى فيحلف على هيئة النفى إشعارا بأن الحلف ، وجب عليه لإنكاره وإنما وجب على البائع والمشترى ؛ لأن كلا منهما منكر (قوله فى الأصح) إشارة إلى تضعيف مافى الزيادات بضم الإثبات إلى النفى تأكيدا وعبارته يحلف البائع بالله ماباعه بألف ، ولقد باعه بألفين ، ويحلف المشترى بالله ما اشتره بألفين ولقد اشتراه بألف .

قال فى المنح : والأصح الاقتصار على النفى لأن الأيمان على ذلك وضعت (قوله بطلب أحدهما) وهو الصحيح لأنهما لما حلفا لم يثبت مدعى كل منهما فبقى بيعا بثمن مجهول ، فيفسخه القاضى قطعا للمنازعة . وفرع عليه فى المبسوط بقوله : فلو وطىء المشترى الجارية المبيعة بعد التحالف ، وقبل الفسخ يحل لأنها لم تخرج عن ملكه مالم يفسخ القاضى درر وفسخ القاضى ليس بشرط ، حتى لو فسخاه انفسخ لأن الحق لهما ، وظاهره أن فسخ أحدهما لايكفى وإن اكتفى بطلبه بحر وحموى وقوله فى الدرر : لو وطىء المشترى الجارية الخ يفيد أن وطأه لايمنع من ردها بعد الفسخ للتحالف بخلاف ما لو ظهر بها عيب قديم بعد الوطء حيث لايملك ردها ، وإنما يرجع بالنقصان إلا إذا وطء لاختبار بكارتها فوجدها ثيبا ونزع من ساعته ولم يلبث اه فيفرق بين هذا واللعان وهو أن الزوجين إذا تلاعنا فالقاضى يفرق بينهما طلبا التفريق أو لم يطلباه ، لأن حرمة المحل قد ثبتت شرعا للعان على ماقاله عليه الصلاة والسلام « المتلاعنان لايجتمعان أبدا » وهذه الحرمة حق الشرع ، وأما العقد وفسخه فحقهما بدليل قوله عليه الصلاة والسلام « تحالفا وترادا » (قوله أو طلبهما) لاحاجة إليه لعلمه بالأولى (قوله ولا ينفسخ بالتحالف) فى الصحيح أى بدون فسخ القاض لأنهما لما حلفا لم يثبت مدعاهما فيبقى بيعا مجهولا فيفسخه القاضى قطعا للمنازعة أو أنه لما لم يثبت بدل يبقى بيعا بلا بدل ، وهو فاسد فى رواية ولا بد من الفسخ فى الفاسد اه حموى (قوله ولا بفسخ أحدهما) لبقاء حق الآخر ولا ولاية لصاحبه عليه بخلاف القاضى فإن له الولاية العامة (قوله بل بفسخهما) أى بلا توقف على القاضى لأن لهما الفسخ بدون اختلاف فـكذا معه ، فـكما ينعقد البيع بتراضيهما ينفسخ به ولا يحتاج إلى قضاء .

قال فى البحر : وظاهر ماذكره الشارحون أنهما لو فسخاه انفسخ بلا توقف على القاضى وإن فسخ أحدهما لا يكفى وإنما اكتفى بطلب أحدهما (قوله لزمه دعوى الآخر) لأنه جعل باذلا فلم تبق دعواه معارضة لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته منح أى بثبوت مدعى الآخر (قوله بالقضاء) متعلق بقوله لزم أى لا بمجرد النكول ،

والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا » وهذا كله لو الاختلاف فى البدل مقصودا فلو فى ضمن شىء كاختلافهما فى الزق فالقول للمشترى فى أنه الزق و تحالف كما لو اختلفا فى وصف المبيع كقوله : اشتريته على أنه كاتب أوخباز وقال البائع لم أشترط فالقول للبائع ولاتحالت ظهيرية (و) قيد باختلافهما فى ثمن ومبيع لأنه (لاتحالف فى) غيرهما لكونه لايختل به قوام العقد نحو (أجل

بل إذا اتصل به القضاء . قال فى التبيين : لأنه بدون اتصال القضاءبه لايوجب شيئا أماعلى اعتبار البذل فظاهر، وأما على اعتبار أنه إقرار فلأنه إقرار فيه شبهة البذل فلا يكون موجبا بانفراده اه (قوله والسلعة قائمة) احتراز عما إذا هلكت وسيأتى متنا (قوله وهذا كله) أى من التحالف والفسخ (قوله كاختلافهما فى الزق) أى الظرف بأن باعه التمر فى زق ، ووزنه مائة رطل ثم جاء بالزق فارغا ليرده على صاحبه وزنه عشرون فقال البائع : ليس هذا زقى وقال المشترى : هو زفك فالقول قول المشترى سواء سمى لكل رطل ثمنا أو لم يسم فجعل هذا الاختلاف فى المقبوض . وفيه القول قول القابض ، وإن كان فى ضمنه اختلاف فى الثمن لم يعتبر فى إيجاب التحالف لأن الإختلاف فيه وقع مقتضى اختلافهمافى الزق (قوله فالقول للمشترى) لأنالقول قول القابض أمينا كانأوضمينا (قوله ولا تحالف) وأن لزم فى ضمنهما الاختلاف فى الثمن فالبائع يجعله تسعين والمشترى ثمانين ، لكنه ليس مقصودا بل وقع فى وقع فى ضمن اختلافهما فى الزق .

وفى البحر من البيع الفاسد ولو رد المشترى الزق وهو عشرة أرطال فقال البائع : الزق غيره وهو خمسة أرطال فالقول قول المشترى مع يمينه ، لأنه إن اعتبر اختلافا فى تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا كان أو أمينا ، وأن اعتبر إختلافا فى الثمن فيكون القول للمشترى لأنه ينكر الزيادة اه (قوله كما لو اختلفا فى وصف المبيع) محترز قوله سابقا أو وصفه أى الثمن .

والحاصل : أنهما إذا اختلفا فى الوصف فإن كان وصف الثمن تحالفا وإن كان وصف المبيع فالقول للبائع ولا تحالف (قوله فالقول للبائع ولاتحالف) لأن اختلافهما ليس فى البدل لكن المشترى يدعى اشتراط أمر زائد والبائع ينكره والقول للمنكر بيمينه (قوله لكونه لا يختل به قوام العقد) لأنه اختلاف فى غير المعقود عليه وبه فأشبه الاختلاف فى الحط والإبراء (قوله نحو أجل) أطلقه فشمل الاختلاف فى أصله وقدره ، فالقول لمنكر الزائد بخلاف ، ما لو اختلفا فى الأجل فى السلم فإنهما يتحالفان كما قدمناه فى بابه وخرج الاختلاف فى مضيه فإن القول فيه للمشترى ، لأنه حقه وهو منكر استيفاء حقه كذا فى النهاية بحر .

قال فى البدائع : وقوله : والأجل أى فى أصله أو فى قدره أو فى مضيه أو فى قدره ومضيه ، ففى الأولين القول قول البائع مع يمينه . وفى الثالث : القول قول المشترى. وفى الرابع : القول قول المشترىفى المضى وقول البائع فى القدر وباق التفصيل فيها وفى غاية البيان ومنه ما لو ادعى عليه أنه اشترى بشرط كونه كاتبا أوخبازا فلا حاجة إلى تقديمه .

وفى البحر أيضا : ويستثنى من الاختلاف فى الأجل ما لو اختلفا فى الأجل فى السلم بأن ادعاه أحدهما ونفاه الآخر ، فإن القول فيه لمدعيه عند الإمام، لأنه فيه شرط وتركهفيه مفسد للعقد وإقدامهما عليهيدل على الصحة، بخلاف ما نحن فيه لأنه لا تعلق له بالصحة والفساد فيه ، فكان القول لنا فيه اه وفيه عن الظهيرية قال محمد بن الحسن فى رجلين تبايعا شيئا واختلفا فى الثمن فقال المشترى : اشتريت هذا الشىء بخمسين درهما إلى عشرين شهرا على أن أؤدى إليك كل شهر درهمين ونصفا . وقال البائع : بعتكه بمائة درهم إلىعشرة أشهر على أن تؤدى

وشرط) رهن أو خيار أو ضمان (وقبض بعض ثمن والقول للمنكر) بيمينه .

وقال زفر والشافعي : يتحالفان (ولا) تحالف إذا اختلفا (بعد هلاك المبيع) أو خروجه عن ملكه،

إلى كل شهر عشرة دراهم وأقاما البينة . قال محمد: تقبل شهادتهما ويأخذ البائع من المشترى ستة أشهر كل شهر عشرة ، وفي الشهر السابع سبعة ونصفا ثم يأخذ بعد ذلك كل شهر درهمين ونصفا إلى أن تتم له مائة لأن المشترى أقر له بخمسين درهما على أن يؤدى إليه كل شهر درهمين ونصفا ، وبرهن دعواه بالبينة وأقام البائع البينة بزيادة خمسين على أن يأخذ من هذه الخمسين مع ما أقر له به المشترى في كل شهر عشرة ، فالزيادة التي يدعيها البائع في كل شهر سبعة ونصف ، وما أقربه المشترى له في كل شهر درهمان ونصف فإذا أخذ في كل شهر عشرة فقد أخذ في كل ستة أشهر مما ادعاه خمسة وأربعين ومما أقربه المشترى خمسة عشر . بقي إلى تمام ما يدعيه من الخمسين خمسة ، فيأخذها البائع مع ما يقر به المشترى في كل شهر ، وذلك سبعة ونصف ثم يأخذ بعد ذلك في كل شهر درهمين ونصفا إلى عشرين شهرا حتى تتم المائة . وهذه مسألة عجيبة يقف عليها من أمعن النظر فيما ذكرناه اه (قوله وشرط رهن) أى بالثمن من المشترى (قوله أو خيار) فالقول لمنكره على المذهب ، وقد ذكر القولين في باب خيار الشرط والمذهب ماذكروه هنا لأنهما يثبتان بعارض الشرط ، والقول لمنكر العوارض بحر . ولا فرق بين أصل شرط الخيار ، وقدره عند علمائنا الثلاثة ويتحالفان عند زفر والشافعي ومالك كما في البناية (قوله أو ضمان) أى ضمان الثمن بأن قال بعتكه ، بشرط أن يتكفل لى بالثمن فلان ، وأنكر المشترى ومثله ضمان العهدة حموى فالقول قول المنكر (قوله وقبض بعض ثمن) أوحط البعض أو إبراء الكل وقيد بالبعض مع أن كل الثمن كذلك لدفع وهم ، وهو أن الاختلاف في أصل بعض الثمن لما أوجب التحالف كماسبق ذهب الوهم إلى أن الاختلاف في قبض بعضه يوجب التحالف أيضا فصرح بذكره دفعا له كما في البرجندى فظهر أن القيد ليس للاحتراز بل لدفع الوهم وأراد بالقبض الاستيفاء ، فيشمل الأخذ والحط والإبراء ولو كلا كما في معراج الدراية (قوله والقول للمنكر بيمينه) لأنه اختلاف في غير المعقود عليه وبه فأشبه الاختلاف في الحط والإبراء وهذا لأن بانعدامه لا يختل مابه قوام العقد ، بخلاف الاختلاف في وصف الثمن أو جنسه ، فإنه بمنزلة الاختلاف في القدر في جريان التحالف لأن ذلك يرجع إلى نفس الثمن ، فإن الثمن دين وهو يعرف بالوصف ، ولا كذلك الأجل فإنه ليس بوصف ألا ترى أن الثمن موجود بعد مضيه فالقول لمنكر الخيار ، والأجل مع يمينه لأنهما يثبتان بعارض الشرط والقول لمنكر العوارض بحر .

قال العلامة المقدسي : ولأن أصل الثمن حق البائع والأجل حق المشترى ، ولو كان وصفا له لتبع الأصل وكان حقا للبائع ، ولقائل أن يقول هذا خلاف المعقول ، لأنه استدلال ببقاء الموصوف على بقاء الصفة والصفة قد تزول مع بقاء الموصوف بأن تنزل صفاته فعندكم البيع يقع بثمن ثم يزاد أو ينقص مع بقائه اه تأمل (قوله وقال زفر والشافعي يتحالفان) أى في المسائل الثلاثة وهي الأجل والشرط وقبض بعض الثمن وعليه صاحب المواهب بقوله : وإن اختلفا في الأجل أو شرط خيار أو قبض الثمن لم يتحالفا عندنا واكتفيا بيمين المنكر حيث أشار بعندنا إلى خلاف مالك والشافعي ، وباكتفيا إلى خلاف زفر فكان على الشارح أن يزيد مالكا وجعل العيني الخلاف قاصرا على الأجل حيث قال : وعند زفر والشافعي ومالك يتحالفان في الأجل إذ اختلفافى أصله وقدره (قوله ولا تحالف إذا اختلفا) أى في مقدار الثمن معراج ومثله في متن المجمع (قوله بعد هلاك المبيع) أى عند المشترى أما إذا هلك عند البائع قبل قبضه انفسخ البيع ط ومعراج وأفاد أنه في الأجل وما بعده لافرق

أو تعيبه بما لا يرد به (وحلف المشترى) إلا إذا استهلكه فى يد البائع غـير المشترى

بين كون الإختلاف بعد الهلاك أو قبله (قوله أو تعيبه بمالا يرد به) هذا داخل فى الهلاك لأنه منه تأمل ، ثم إن عباراتهم هكذا أو صار بحال لايقدر على رده بالعيب قال فى الكفاية : بأن زاد زيادة متصلة أو منفصلةاه أى زيادة من الذات كسمن وولد وعقر .

قال فى غرر الأفكار : أو تغير إلى زيادة منشؤها الذات بعد القبض متصلة كانت أومنفصلة كولد وأرش وعقر ، وإذا تحالفا عند محمد يفسخ على القيمة إلا إذا اختار المشترى رد العين مع الزيادة ولو لم تنشأ من الذات سواء كانت من حيث السعر أو غيره كانت قبل القبض أو بعده يتحالفان اتفاقا ويكون الكسب للمشترى اتفاقا اه .

قال الرملى : وقد صرحوا بأن الزيادة المتصلة بالمبيع التى تتولد من الأصل مانعة من الرد كالغرس والبناء وطحن الحنطة وشى اللحم وخبز الدقيق ، فإذا وجد شىء من ذلك لاتحالف عندهما خلافا لمحمد والله تعالى أعلم.

ولم يذكر غالب الشارحين وأصحاب الفتاوى إختلافهما بعد الزيادة ولا بعد موت المتعاقدين أو أحدهما مع شدة الحاجة إلى ذلك وقد ذكر ذلك مفصلا فى التتارخانية فارجع إليه إن شئت ثم بحثت فى الكتب ، فرأيت ابن ملك قال فى شرح المجمع اعلم أن مسألة التغير مذكورة فى المنظومة ، وقد أهملها المصنف ثم تغيره إلى زيادة إن كان من حيث الذات بعد القبض متصلة كانت أو منفصلة متولدة من عينها كالولد أوبدل العين كالأرش والعقر يتحالفان عند محمد خلافا لهما ، وإذا تحالفا يترادان القيمة عنده إلا إن شاء المشترى أن يرد العين مع الزيادة ؛ وقيل يترادان إن رضى المشترى أولا قيدنا الزيادة بقولنا من حيث الذات ،لأنها لو كانت من حيث السعر يتحالفان ، سواء كان قبل القبض أو بعده وقيدنا بقولنا متولدة من عينها لأنها لو لم تكن كذلك يتحالفان اتفاقا ويكون الكسب للمشترى عندهم جميعا .

وفى التتارخانية : وفى التجريد : وإن وقع الاختلاف بين ورثتهما أو بين ورثة أحدهما وبين الحى فإن كان قبل قبض السلعة يتحالفان بالإجماع . وفى شرح الطحاوى إلا أن اليمين على الورثة على العلم وإن كان بعد القبض ، فكذلك عند محمد وعلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف يتحالفان وفى شرح الطحاوى ، والقول قول المشترى أو قول ورثته بعد وفاته .

وفيها وفى الخلاصة : رجل اشترى شيئا فمات البائع أو المشترى ووقع الاختلاف فى الثمن بين الحى وورثة الميت إن مات البائع فإن كانت السلعة فى يد الورثة يتحالفان وإن كانت السلعة فى يد الحى لايتحالفان عندهما وقال محمد يتحالفان هذا إذا مات البائع فإن مات المشترى والسلعة فى يد البائع يتحالفان عند الكل وإن كانت السلعة فى يد ورثة المشترى عندهما لا يتحالفان ، وعلى قول محمد يتحالفان وهلاك العاقد بمنزلة المعقود عليه ، وممن ذكر مسألة التغير بالزيادة والنقص الاختيار والمنهاج والتغير بالعيب الدرر والغرر والله تعالى أعلم .

واقعة حال : اختلف المشترى مع الوكيل بقبض الثمن ، هل يجرى التحالف بينهما ؟ وقد كتبت الجواب : لايجرى إذ الوكيل بالقبض لايحلف وإن ملك الخصومة عند الإمام فيدفع الثمن الذى أقر به له وإذا حضر الموكل المباشر للعقد وطلبه بالزيادة يتحالفان حينئذ اه ثم إن الشارح تبع الدرر ولا يخفى أن ما قالوه أولى لما علمت من شموله العيب وغيره تأمل (قوله وحلف المشترى) لأنه ينكر زيادة الثمن فلو ادعى البائع أن ما دفعه إليه بعض منه هو المبيع والباق وديعة ينبغى أن يكون القول قوله لأنه منكر لتمليك الباق وليراجع (قوله إلا إذا استهلكه البائع الخ) أى فإنهما يتحالفان لقيام القيمة مقام العين بخلاف ما إذا كان المستهلك المشترى فإنه يجعل

وقال محمد والشافعي يتحالفان ويفسخ على قيمة الهالك وهذا لو الثمن دينا فلو مقايضة تحالفا إجماعا لأن المبيع كل منهما ويرد مثل الهالك أو قيمته كما لو اختلفا فى جنس الثمن بعد هلاك السلعة بأن قال أحدهما دراهم والآخر دنانير تحالفا ولزم المشترى رد القيمة سراج (ولا) تحالف (بعد هلاك بعضه) أو خروجه عن ملكه كعبدين مات أحدهما عند المشترى بعد قبضهما ثم اختلفا فى قدر الثمن لم يتحالفا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى (إلا أن يرضى البائع بترك حصة الهالك) أصلا فحينئذ يتحالفان هذا على تخريج الجمهور

قابضا باستهلاكه ، ويلزمه المبيع ، وصار كما لو هلك فى يده ؛ فلا تحالف والقول له فى إنكار الزيادة بيمينه ، ولو استهلكه البائع كان فسخا للبيع كما لو هلك بنفسه ، فلا حاجة إلى التحالف ، ولذا قال قاضى زاده فى قوله بعد هلاك المبيع لو عند المشترى وأراد بغير المشترى الأجنبي فإنهما يتحالفان على قيمة المبيع كما فى التبيين والبحر (قوله وقال محمد والشافعي يتحالفان ويفسخ على قيمة الهالك) وهل تعتبر قيمته يوم التلف أو القبض أو أقلهما يراجع (قوله وهذا) أى الاقتصار على يمين المشترى (قوله لو الثمن دينا) بأن كان دراهم أو دنانير أو مكيلا أو موزونا ، وإن كان عينا بأن كان العقد مقايضة فاختلفا ، بعد هلاك أحد البدلين يتحالفان بالاتفاق كما صرح به الشارح (قوله فلو مقايضة تحالفا) وإن اختلفا فى كون البدل دينا أو عينا إن ادعى المشترى إنه كان عينا يتحالفان عندهما ، وإن ادعى البائع أنه كان عينا وادعى المشترى أنه كان دينا لا يتحالفان والقول قول المشترى كفاية (قوله لأن المبيع كل منهما) أى فكان العقد قائما ببقاء الباقى منهما (قوله ويرد مثل الهالك) إن كان مثليا وقيمته إن كان قيميا (قوله كما لو اختلفا فى جنس الثمن الخ) كألف درهم وألف دينار ، وهذا تشبيه بالمقايضة فإنهما يتحالفان بلاخلاف ؛ وإنما كان كذلك لأنهما لم يتفقا على ثمن ، فلا بد من التحالف للفسخ كما فى البحر وبهذا تعلم أن الاختلاف فى جنس الثمن كالاختلاف فى قدره إلا فى مسألة : وهى ما إذا كان المبيع هالكا .

والحاصل : أنه إذا هلك المبيع لا تحالف عندهما خلافا لمحمد إذا كان الثمن دينا واختلفا فى قدره أو وصفه أما إذا اختلفا فى جنسه أو لم يكن دينا فلا خلاف فى التحالف (قوله ولا تحالف بعد هلاك بعضه) أى هلاكه بعد القبض كما سيذكره قريبا لأن التحالف بعد القبض ثبت بالنص على خلاف القياس وورد الشرع به فى حال قيام السلعة والسلعة اسم لجميعها فلا تبقى بعد فوات جزء منها ، ولا يمكن التحالف فى القائم إلا على اعتبار حصته من الثمن ، ولابد من القسمة على قيمتهما والقيمة تعرف بالظن والحزر فيؤدى إلى التحليف مع الجهل وذلك لا يجوز (قوله عند المشترى) أى قبل نقد الثمن (قوله بعد قبضهما) فلو قبله يتحالفان فى موتهما وموت أحدهما وفى الزيادة لوجود الإنكار من الجانبين كفاية ولو عند البائع قبل القبض تحالفا على القائم عندهم (قوله لم يتحالفا عند أبى حنيفة) أى والقول قول المشترى بيمينه لأن التحالف مشروط بعد القبض بقيام السلعة وهى اسم لجميع المبيع كما تقدم ، فإذا هلك بعضه انعدم الشرط وقال أبو يوسف : يتحالفان فى الحى ويفسخ العقد فيه ولا يتحالفان فى الهالك ويكون القول فى ثمنه قول المشترى وقال محمد : يتحالفان عليهما ويفسخ العقد فيهما ، ويرد الحى وقيمة الهالك كما فى العينى (قوله إلا أن يرضى البائع بترك حصة الهالك أصلا) أى لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا أصلا ويجعل الهالك كأن لم يكن ، وكأن العقد لم يكن إلا على الحى القائم فحينئذ يتحالفان فى ثمنه ويكون الثمن كله فى مقابلة الحى وبنكول أيهما لزم دعوى الآخر كما فى غرر الأفكار (قوله يتحالفان) أى على ثمن الحى فإن حلفا فسخ العقد فيه وأخذه ، ولا يؤخذ من ثمن الهالك ولا من قيمته شىء ، وأيهما نكل لزمه دعوى الآخر كما فى التبيين (قوله هذا على تخريج الجمهور) أى صرف الاستثناء إلى التحالف ولفظ المبسوط يدل

وصرف مشايخ بلخ الاستثناء إلى يمين المشترى (ولا فى) قدر (بدل كتابه) لعدم لزومها (و) قدر (رأس مال بعد إقالة) عقد (السلم)

على هذا ، لأن المستثنى منه عدم التحالف حيث قال : لم يتحلفا إلا أن يرضى الخ (قوله وصرف مشايخ بلخ الإستثناء) أى المقدر فى الكلام لأن المعنى ، ولا تحالف بعد هلاك بعضه بل اليمين على المشترى قال فى غرر الأفكار بعد ذكره ما قدمناه . وقيل الاستثناء ينصرف إلى حلف المشترى المفهوم من السياق يعنى يأخذ من ثمن الهالك قدر ما أقر به المشترى ، وحلف لا الزائد إلا أن يرضى البائع أن يأخذ القائم ، ولا يخاصمه فى الهالك فحينئذ لا يحلف المشترى إذ البائع أخذ القائم صلحا عن جميع ما ادعاه على المشترى ، فلم يبق حاجة إلى تحليف المشترى . وعن أبى حنيفه أنه يأخذ من ثمن الهالك ما أقر به المشترى لا الزيادة فيتحالفان ويترادان فى القائم اه (قوله إلى يمين المشترى) اعلم أن المشايخ اختلفوا فى هذا الاستثناء فالعامّة على أنه منصرف إلى التحالف ، لأنه المذكور فى كلام القدورى فتقدير الكلام لم يتحالفا إلا إذا ترك البائع حصة الهالك فيتحالفان . وقال بعضهم : إنه منصرف إلى يمين المشترى المقدر فى الكلام لأن المعنى ولا تحالف بعد هلاك بعضه بل اليمين على المشترى إلا أن يرضى الخ أى فحينئذ لا يمين على المشترى ، لأنه لما أخذ البائع بقول المشترى ، وصدقه لا يحلف المشترى ، ويكون القول قوله بلا يمين ، وهذا إنما يظهر أن لو كان الثمن مفصلا أو كانت قيمة العبدين سواء أو متفاوتة معلومة . أما إذا كانت قيمة الهالك مجهولة ،وتنازعا فى القدر المتروك لها ، فلم أره والظاهر أن القول قول المشترى فى تعيين القدر ويحرر ط .

والحاصل : أنه إذا هلك بعض المبيع أو أخرجه المشترى عن ملكه لا تحالف ، والقول للمشترى بيمينه إلا أن يرضى البائع بترك حصة الهالك ، فيتحالفان فيحلف البائع أنه ماباعه بما يقول المشترى ، ويحلف المشترى بأنه ما اشتراه بما يقوله البائع ويفسخ العقد بينهما ، ويأخذ البائع القائم فقط ولا شىء له سواه ، لأنه رضى بإسقاط حصة الهالك هذا ما تفيده عبارة المبسوط ، وجعله الشارح تبعا للزيلعى تخريج الجمهور ، والذى تفهمه عبارة الجامع الصغير ، واختاره مشايخ بلخ عدم التحالف مطلقا ، وأن القول للمشترى بيمينه إلا أن يرضى البائع بترك حصة الهالك ، وأخذ القائم صلحا عما يدعيه من جملة الثمن ولا شىء له سواه لرضاه به والله تعالى أعلم (قوله ولا فى قدر بدل كتابة) أى إذا اختلف المولى والمكاتب ، فلا تحالف عند الإمام لأن التحالف فى المعاوضات اللازمة ، وبدل الكتابة غير لازم على المكاتب مطلقا فلم يكن فى معنى البيع ، ولأن فائدة النكول ليقضى عليه ، والمكاتب لا يقضى عليه ولأن البدل فى الكتابة مقابل بفك الحجر ، وهو ملك التصرف واليد فيه للحالف وقد سلم ذلك له ولا يدعى على مولاه شيئا وقد بينا أن التحالف بعد القبض على خلاف القياس ، فلا يتحالفان فيكون القول قول العبد لكونه منكرا ، وإنما يصير مقابلا بالعتق عند الأداء وقبله لا يقابله أصلا ، فتعليل الشارح تبع فيه المصنف حيث عال للإمام القائل بعدم التحالف فى الكتابة بأن التحالف فى المعاوضات اللازمة وبدل الكتابة غير لازم على المكاتب مطلقا ، فلم يكن فى معنى البيع وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة كالبيع ، وإن أقام أحدهما بينة قبلت وإن أقاماها فبينة المولى أولى لإثباتها الزيادة لكن يعتق بأداء قدر ما برهن عليه ولا يمتنع وجوب بدل الكتابة بعد عتقه كما لو كاتبه على ألف على أنه إذا أدى خمسمائة عتق وكما لو استحق البدل بعد الأداء كما فى التبيين (قوله وقدر رأس مال بعد إقالة عقد السلم) أى بأن اختلف رب السلم والمسلم إليه فى قدر رأس المال بعد إقالة السلم فقال رب السلم رأس المال عشرة وقال المسلم إليه خمسة

بل القول للعبد والمسلم إليه ولا يعود السلم .

(وإن اختلفا) أى المتعاقدان (فى مقدار الثمن بعد الإقالة) ولا بينة (تحالفا) وعاد البيع (لو كان كل من المبيع والثمن مقبوضا ولم يرده المشترى إلى بائعه) بحكم الإقالة (فإن رده إليه بحكم الإقالة لا) تحالف خلافا لمحمد (وإن اختلفا) أى الزوجان (فى) قدر (المهر) أو جنسه (قضى لمن أقام البرهان وإن برهنا فللمرأة إذا

لم يتحالفا، لأن التحالف موجبه رفع الإقالة وعود السلم أى مع أنه دين وقد سقط والساقط لايعود ولأنها ليست ببيع بل هى إبطال من وجه فإن رب السلم لا يملك المسلم فيه بالإقالة بل يسقط فلم يكن فيها معنى البيع ، حتى يتحالفا واعتبر حقيقة الدعوى والإنكار والمسلم إليه هو المنكر فكان القول قوله ، وقيد بالاختلاف بعدها لأنهما لو اختلفا قبلها فى قدره تحالفا كالاختلاف فى نوعه وجنسه وصفته ، كالاختلاف فى المسلم فيه فى الوجوه الأربعة على ماقدمناه (قوله بل القول للعبد والمسلم إليه) مع يمينهما بحر (قوله ولا يعود السلم) لأن الإقالة فى باب السلم لا تحتمل النقض ، لأنه إسقاط فلا يعود بخلاف البيع كما سيأتى . وينبغى أخذا من تعليلهم أنهما لو اختلفا فى جنسه أو نوعه أو صفته بعدها فالحكم كذلك ، ولم أره صريحا بحر . وفيه وقد علم من تقريرهم هنا أن الإقالة تقبل الإقالة إلا فى إقالة السلم وأن الإبراء لا يقبلها وقد كتبناه فى الفوائد (قوله وإن اختلفا فى مقدار الثمن الخ) بأن اشترى أمة بألف درهم وقبضها ثم تقايلا البيع حال قيام الأمة ثم اختلفا فى مقدار الثمن بعد الإقالة قبل أن يقبض البائع الأمة بحكم الإقالة تحالفا ويعود البيع الأول (قوله ولا بينة) أما إذا وجدت لأحدهما عمل بها له وإن برهنا فبينة مثبت الزيادة مقدمة وهذا قياس ما تقدم ط (قوله وعاد البيع) حتى يكون حق البائع فى الثمن وحق المشترى فى المبيع كما كان قبل الإقالة ، لأن التحالف قبل القبض موافق للقياس لما أن كل واحد منهما مدع ومنكر فيتعدى إلى الإقالة ، ولابد من الفسخ منهما أو من القاضى أبى السعود (قوله لو كان كل من المبيع والثمن مقبوضا) فلو لم يكونا مقبوضين أو أحدهما ، فلا يعود البيع والقول قول منكر الزيادة مع يمينه هذا ما ظهر لى ط وفى مسكين والقول للمنكر (قوله خلافا لمحمد) لأنه يرى النص معلولا بعد القبض أيضا وهما قالا : كان ينبغى أن لا تحالف مطلقا لأنه إنما ثبت فى البيع المطلق بالنسبة ، والإقالة فسخ فى حقهما إلا أنه قبل القبض على وفق القياس ، فوجب القياس عليه كما قسنا الإجارة على البيع قبل القبض والوارث على العاقد والقيمة على العين فيما إذا استهلكه فى يد البائع غير المشترى بحر (قوله وإن اختلفا فى قدر المهر) كألف وألفين هذه المسألة وقعت مكررة لأنها ذكرت فى باب المهر وتبع فيه صاحب الهداية والكنز ، ولذلك لم يذكرها هنا صاحب الوقاية ، لأن محلها الأنسب ثمة إلا أن المصنف ذكر هذه المسألة على تخريج الكرخى هنا وعلى تخريج الرازى ثمة ، وهكذا فى الكنز وقصد منه نكتة تخرجها عن حد التكرار على ماتقف عليه الآن إن شاء الله تعالى. وقيد بقدر المهر ، لأن الاختلاف لو كان فى أصله يجب مهر المثل لما سبق فى بابه والاختلاف فى جنسه كالاختلاف فى قدره إلا فى فصل واحد ، وهو أنه إذا كان مهر مثلها كقيمة ماعينته المرأة مهرا أو أكثر فلها قيمته لا عينه كما يأتى ذكره فى الهداية وغيرها (قوله أو جنسه) كما إذا ادعى أن مهرها هذا العبد وادعت أنه هذه الجارية فحكم القدر والجنس واحد إلا فى صورة وهو أنه إذا كان مهر مثلها مثل قيمة الجارية أو أكثر فلها قيمة الجارية لا عينها بحر .

وفيه لم يذكر حكمه بعد الطلاق قبل الدخول ، وحكمه كما فى الظهيرية أن لها نصف ما ادعاه الزوج وفى مسألة العبد والجارية لها المتعة إلا أن يتراضيا على أن تأخذ نصف الجارية اه (قوله قضى لمن أقام البرهان) لأنه نور

كان مهر المثل شاهدا للزوج) بأن كان كمقالته أو أقل (وإن كان شاهدا لها) بأن كان كمقالتها أو أكثر (فبينته أولى) لإثباتها خلاف الظاهر (وإن كان غير شاهد لكل منهما) بأن كان بينهما (فالتهاتر) للاستواء (ويجب مهر المثل) على الصحيح (وإن عجزا) عن البرهان (تحالفا ولم يفسخ النكاح) لتبعية المهر بخلاف البيع (ويبدأ بيمينه) لأن أول التسليمين عليه فيكون أول اليمينين عليه ظهيرية

دعواه بها أما قبول بينة المرأة فظاهر لأنها تدعي الألفين ولا إشكال وإنما يرد على قبول بينة الزوج لأنه منكر للزيادة فكان عليه اليمين لا البينة ، فكيف تقبل بينته .

قلنا : هو مدع صورة لأنه يدعى على المرأة تسليم نفسها بأداء ما أقر به من المهر ، وهى تنكر والدعوى كافية لقبول البينة كما فى دعوى المودع رد الوديعة معراج (قوله بأن كان كمقالته أو أقل) لأنها تثبت الزيادة وبينة الزوج تنفى ذلك والمثبت أولى ولأن الظاهر يشهد له وبينة المرأة تثبت خلاف الظاهر وهذا هو المعتبر فى البينات (قوله فبينته أولى) هذا ماقاله بعض المشايخ وجزم به فى الملتقى ، وكذا الزيلعى هنا وفى باب المهر وقال بعضهم : تقدم بينتها أيضا لأنها أظهرت شيئا لم يكن ظاهرا بتصادقهما كما فى البحر .

قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى . قلت : بقى ما إذا لم يعلم مهر المثل كيف يفعل والظاهر أنه يكون القول للزوج لأنه منكر للزياة كما تقدم فيما إذا لم يوجد من يماثلها تأمل (قوله لإثباتها خلاف الظاهر) علة للمسألتين أى والظاهر مع من شهد له مهر المثل (قوله وإن كان غير شاهد لكل منهما بأن كان بينهما) ليس المراد أنه متوسط بينهما بل المراد أنه أقل مما ادعته وأكثر مما ادعاه وبه عبر فى الدرر (قوله فالتهاتر) أى التساقط أى فالحكم حينئذ التهاتر مع الهتر بكسر الهاء وهو السقط من الكلام ، أو الخطأ فيه عناية (قوله للاستواء) أى فى الإثبات لأن بينتها تثبت الزيادة وبينته تثبت الحط ، وليس أحدهما بأولى من الآخر درر (قوله ويجب مهر المثل على الصحيح) قيد للتهاتر .

قال فى البحر : والصحيح التهاتر ويجب مهر المثل (قوله تحالفا) أى عند أبى حنيفة وأيهما نكل لزمه دعوى الآخر : لأنه صار مقرا بما يدعيه خصمه ، أو باذلا درر وعند أبى يوسف لا يتحالفان والقول قول الزوج مع يمينه إلا أن يأتى بشىء مستنكر لا يتعارف مهرا لها وقيل هو أن يدعى ما دون عشرة دراهم كما فى الجوهرة ، وقال الإمام خواهر زاده : هو أن يدعى مهرا لا يتزوج مثلها عليه عادة كما لو ادعى النكاح على مائة درهم ومهر مثلها ألف وقال بعضهم : المستنكر ما دون نصف المهر فإذا جاوز نصف المهر لم يكن مستنكرا عينى (قوله ولم يفسخ النكاح لتبعية المهر) لأن أثر التحالف فى انعدام التسمية وذا لا يخل بصحة النكاح أى لأن يمين كل منهما يبطل ما يدعيه صاحبه من التسمية ، وهو لا يفسد النكاح إذ المهر تابع فيه بخلاف البيع ، فإن عدم تسميته الثمن يفسده كما مر ويفسخه القاضى قطعا للمنازعة بينهما (قوله ويبدأ بيمينه) نقل الرملى عن مهر البحر عن غاية البيان أنه يقرع بينهما استحبابا لأنه لا رجحان لأحدهما على الآخر واختار فى الظهيرية وكثيرون أنه يبدأ بيمينه ، لأن أول التسليمين عليه ، فيكون أول اليمينين عليه كتقديم المشترى على البائع والخلاف فى الأولوية (قوله لأن أول التسلمين) التسليمان هما تسليم الزوج المهر وتسليم المرأة نفسها والسابق فيهما تسليم معجل المهر ، وما ذكر تخريج الكرخى فيقدم التحالف عند العجز عن البرهان . فى الوجوه كلها ، يعنى فيما إذا كان مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج أوأقل منه أو مثل ما ادعته المرأة أوأكثر منه ، أو كان بينهما خمسة أوجه ، وأما على تخريج الرازى فلا تحالف إلا فى وجه واحد ، وهو ما إذا لم يكن

(ويحكم) بالتشديد أى يجعل (مهر مثلها) حكما لسقوط اعتبار التسمية بالتحالف (فيقضى بقوله لو كان كمثالته أو أقل وبقولها لو كمثالها أوأكثر وبه لو بينهما) أى بين ما تدعيه ويدعيه .

(ولو اختلفا) أى المؤجر والمستأجر (فى) بدل (الإجارة) أو فى قدر المدة (قبل الاستيفاء) للمنفعة (تحالفا وترادا) وبدىء بيمين المستأجر لو اختلفا فى البدل والمؤجر لو فى المدة

مهر المثل شاهدا لأحدهما وفيما عداه فالقول قوله بيمينه إذا كان مهر المثل مثل ما يقول أو أقل، وقولها مع يمينها إذا كان مثل ما ادعته أو أكثر أبو السعود عن العناية .

وحاصله : أن التحالف فيما إذا خالف قولهما أما إذا وافق قول أحدهما ، فالقول له وهو المذكور فى الجامع الصغير ، وعلى تخريج الكرخى يتحالفان فى الصور الثلاث ، ثم يحكم مهر المثل وصححه فى المبسوط والمحيط به جزم فى الكنز .

قال فى البحر : ولم أر من رجح الأول وتعقبه فى النهر بأن تقديم الزيلعى وغيره له تبعا للهداية يؤذن بترجيحه وصححه فى النهاية وقال قاضيخان أنه الأولى ولم يذكر شرح الجامع الصغير غيره ، والأولى البداءة بتحليف الزوج وقيل يقرع بينهما (قوله ويحكم بالتشديد) وهذا أعنى التحالف أولا ثم التحكيم قول الكرخى لأن مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها بالتحالف ، فلهذا يقدم فى الوجوه كلها . وأما على تخريج الرازى فالتحكيم قبل التحالف ، وقد قدمناه فى المهر مع بيان اختلاف التصحيح وخلاف أبى يوسف بحر .

قال العلامة أبو السعود : ولقائل أن يقول ما بالهم لا يحكمون قيمة المبيع إذا اختلف المتبايعان فى الثمن لمعرفة من يشهد له الظاهر كما فى النكاح فإنه لا محظور فيه، ويمكن أن يجاب عنه بأن مهر المثل أمر معلوم ثابت بيقين فجاز أن يكون حكما بخلاف القيمة ، فإنها تعلم بالحزر والظن فلا تفيد المعرفة فلا تجعل حكما عناية (قوله ولو اختلفا الخ) وجه التحالف أن الإجارة قبل قبض المنفعة كالبيع قبل قبض المبيع فى كون كل من المتعاقدين يدعى على الآخر ، وهو ينكر وكون كل من العقدين معاوضة يجرى فيها الفسخ فالتحقت به واعترض بأن قيام المعقود عليه شرط لصحة التحالف ، والمنفعة معدومة ، وأجيب بأن الدار مثلا أقيمت مقام المنفعة فى حق إيراد العقد عليها فكأنها قائمة تقديرا درر (قوله فى بدل الإجارة) أى فى قدرها بأن ادعى المؤجر أنه آجر شهرا بعشرة وادعى المستأجر أنه آجره بخمسة (قوله أو فى قدر المدة) بأن ادعى المؤجر أنه آجر شهرا والمستأجر شهرين (قوله قبل الاستيفاء للمنفعة) لأن التحالف فى البيع قبل القبض على وفق القياس والإجارة قبل الاستيفاء نظيره بحر .

وفيه : المراد بالاستيفاء التمكن منه فى المدة وبعدمه عدمه لما عرف أنه قائم مقامه فى وجوب الأجر اه . فلو أبدل المصنف قوله قبل الاستيفاء بقوله قبل التمكن من الاستيفاء لكان أولى ، وأشار فى البحر بقوله فى وجوب الأجر إلى الاحتراز عن الإجارة الفاسدة ، فإن أجر المثل إنما يجب بحقيقة الاستيفاء لا بمجرد التمكن على ما سيأتى (قوله تحالفا) وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه وأيهما برهن قبل (قوله وبدىء بيمين المستأجر) لأنه هو المنكر للزيادة فإن قيل كان الواجب أن يبدأ بيمين الآجر لتعجيل فائدة النكول ، فإن تسليم المعقود عليه واجب . وأجيب بأن الأجرة إن كانت مشروطة التعجيل ، فهو الأسبق إنكارا فيبدأ به وإن لم يشترط لا يمنع الآجر من تسليم العين المستأجرة ، لأن تسليمه لا يتوقف على قبض الأجرة أبو السعود (قوله والمؤجر لو فى المدة) وإن كان الاختلاف فيهما قبلت بينة كل منهما فيما يدعيه من الفضل نحو : أن يدعي هذا شهرا بعشرة

ولو برهنا فالبينة للمؤجر فى البدل وللمستأجر فى المدة (وبعده لا والقول للمستأجر) لأنه منكر للزيادة (ولو) اختلفا (بعد) التمكن من (استيفاء البعض) من المنفعة (تحالفا وفسخ العقد فى الباقى والقول فى الماضى للمستأجر) لانعقادها ساعة فساعة فكل جزء كعقد بخلاف البيع .

(وإن اختلف الزوجان)

ولمستأجر شهرين بخمسة فيقضى بشهرين بعشرة بحر (قوله وإن برهنا فالبينة للمؤجر فى البدل) نظرا إلى إثبات الزيادة . ولو اختلفا فيهما فتقدم حجة كل فى زائد يدعيه (قوله وللمستأجر فى المدة) نظرا إلى إثبات الزيادة (قوله وبعده) أى بعد الاستيفاء لا تحالف والمراد من الاستيفاء التمكن كما تقدم (قوله والقول للمستأجر) أى إذا كان الاختلاف فى الأجرة ، فلو كان الاختلاف فى المدة كأن ادعى المستأجر بعد الاستيفاء مدة أكثر مما ادعاه المؤجر لا يكون القول للمستأجر بل للمؤجر ، وكأنهم تركوا التنبيه على ذلك لظهوره أبو السعود (قوله وفسخ العقد فى الباقى) لأنه من الاختلاف فى العقد (قوله والقول فى الماضى للمستأجر) لأنه من الاختلاف فى الدين وهذا بالإجماع فأبو يوسف مرّ على أصله فى هلاك بعض المبيع ، فإن التحالف فيه يتقدر بقدر الباقى عنده ، فكذا هنا وهما خالفا أصلهما فى المبيع ، والفرق لمحمد ما بيناه فى استيفاء الكل من أن المنافع لا تتقوم إلا بالعقد ، فلو تحالفا لا يبقى العقد . فلم يمكن إيجاب شىء والفرق لأبى حنيفة أن العقد فى الإجارة ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع ، فيصير كل جزء من المنافع كالمعقود عليه عقدا مبتدأ على حدة . فلا يلزم من تعذر التحالف فى الماضى التعذر فيما بقى إذ هما فى حكم عقدين مختلفين . فيتحالفان بخلاف ما إذا هلك بعض المبيع حيث يمنع التحالف فيه عنده لأنه عقد واحد فإذا امتنع فى البعض امتنع فى الكل ضرورة كى لا يؤدى إلى تفريق الصفقة على البائع زيلعى (قوله لانعقادها ساعة فساعة) أى على حسب حدوث المنفعة المعقود عليها فى الإجارة (قوله فكل جزء كعقد) أى فيصير كل جزء من المنفعة كالمعقود عليه ابتداء (قوله بخلاف البيع) أى بخلاف ما إذا هلك بعض المبيع لأن كل جزء ليس بمعقود عليه عقدا مبتدأ بل الجملة معقودة بعقد واحد فإذا تعذر العقد فى بعضه بالهلاك تعذر فى كله ضرورة (قوله وإن اختلف الزوجان الخ) قيد باختلافهما للاحتراز عن اختلاف نساء الزوج دونه . فإن متاع النساء بينهن على السواء إن كنّ فى بيت واحد ، وإن كانت كل واحدة منهن فى بيت على حدة فما فى بيت كل امرأة بينها وبين زوجها على ما ذكر بعد ، ولا يشترك بعضهن مع بعض كذا فى خزانة الأكمل والخانية والاحتراز عن اختلاف الأب والابن فيما فى البيت .

قال فى خزانة الأكمل ، قال أبو يوسف : إذا كان الأب فى عيال الابن فى بيته فالمتاع كله للابن كما لو كان الابن فى بيت الأب وعياله فمتاع البيت للأب اهـ وانظر هل يأتى التفصيل هنا كما ذكروه فى الزوجين بأن يكون أحدهما عالما مثلا والآخر جاهلا . وفى البيت كتب ونحوها مما يصلح لأحدهما فقط ، وكذا لو كانت البنت فى عيال أبيها فهل لها ثياب النساء . ويقع كثيرا إن البنت يكون لها جهاز فيطلقها زوجها فتسكن فى بيت أبيها فهل تكون كمسألة الزوجين أو كمسألة الإسكاف والعطار الآتية لم أره فليراجع .

قال فى البحر : قال محمد : رجل زوج ابنته وهى وختنه فى داره وعياله ثم اختلفوا فى متاع البيت فهو للأب ، لأنه فى بيته وفى يده ولهم ما عليهم من الثياب انتهى لكن قال العلامة المقدسى : وهو مخالف لما مر عن خزانة الأكمل من عدم اعتبار البيت بل اليد هى المعتبرة كما سيذكره الشارح عنها .

أقول : ويظهر من هذا جواب المسألة المذكورة : وهى لو طلقت البنت ولها جهاز وسكنت عند أبيها

ولو مملوكين أو مكاتبين أو صغيرين والصغير يجامع أو ذمية مع مسلم قام النكاح أولا فى بيت لهما أو لأحدهما خزانة الأكمل لأن العبرة لليد لا للملك (فى متاع) هو هنا ماكان فى (البيت) ولو ذهبا أو فضة (فالقول لكل

فتأمل، وللاحتراز عن إسكاف وعطار، اختلفا فى آلة الأساكفة أو آلة العطارين: وهى فى أيديهما فإنه يقضى بها بينهما ولا ينظر إلى مايصلح لأحدهما، لأنه قد يتخذه لنفسه أو للبيع، فلا يصلح مرجحا وللاحتراز عما إذا اختلف المؤجر والمستأجر فى متاع البيت فإن القول فيه للمستأجر لكون البيت مضافا إليه بالسكنى وللاحتراز عن اختلاف الزوجين فى غير متاع البيت، وكان فى أيديهما فإنهما كالأجنبيين يقسم بينهما وقد ذكر المؤلف بعد بعض ماذكر (قوله ولو مملوكين) أى أو حرين أو مسلمين أو كافرين أو كبيرين وأما إذا كان أحدهما حرا والآخر مملوكا فسيأتى وأشار باختلافهما أنهما حيان، ولذلك فرع عليه بعد حكم موت أحدهما (قوله والصغير يجامع) قيد بالجماع ليكون القول قوله فى الصالح لهما لأن المرأة لاتكون مع مافى يدها فى يد الزوج إلا بذلك بخلاف الصغير الذى لم يبلغ حد الجماع: فإنه لابد له على زوجته أما فى الصالح له فالقول لوليه فيه: سواء كان يجامع أولا ثم معنى كون القول للصغير أن القول لوليه لأن عبارته غير معتبرة (قوله أو ذمية) لأن لهم مالنا وعليهم ماعلينا فى المعاملات (قوله قام النكاح أولا) بأن طلقها مثلا ويستثنى ماإذا مات بعد عدتها كماسيأتى. قال الرملى: أى سواء وقع الاختلاف بينهما حال قيام النكاح أو بعده وما هنا هو الذى مشى عليه الشراح، وإن كان فى لسان الحكام مايخالف ذلك (قوله فى متاع) متعلق باختلف (قوله هو هنا ماكان فى البيت) الأولى أن يقول: البيت وماكان فيه بدليل ماذكره فى البحر عن خزانة الأكمل معزيا للإمام الأعظم: من أن المنزل والعقار والمواشى والنقود مما يصلح لهما تأمل. وسيذكر الشارح أن البيت للزوج إلا أن يكون لها بينة أى لكونه ذا يد. وهو تبع له فى السكنى وهى خارجة معنى كما علل به فى الخانية. والمتاع لغة: كل ماينتفع به كالطعام والبز وأثاث البيت، وأصله ماينتفع به من الزاد وهو اسم من متعته بالتثقيل إذا أعطيته ذلك والجمع: أمتعة كذا فى المصباح بحر.

قال الرملى: أقول: الذى يظهر أن المراد بقوله فى متاع هو هنا ماكان فى البيت أى ماثبت وضع أيديهما عليه أو تصرفهما فيه بأن كانت أيديهما تتعاقب عليه وتختلف بالتصرف، يدل عليه التعليل فى مسائل هذا الباب باليد وعدمها فى الأخذ بقول المدعى وعدمه تأمل اهـ (قوله ولو ذهبا أو فضة) أقول: جعل الشارح فى الدر المنتقى النقود مما يصلح لهما، ومثله فى القهستانى (قوله فيما صلح له) أى لكل منهما مع يمينه فالصالح له العمامة، والقباء والقلنسوة والطيلسان والسلاح والمنطقة والكتب والفرس والدرع الحديد والصالح لها الخمار والدرع والأساور وخواتيم النساء والحلى والخلخال ونحوها، وهذا كله إذا لم تقر المرأة أن هذا المتاع اشتراه: فإن أقرت بذلك سقط قولها لأنها أقرت بأن الملك للزوج، ثم ادعت الانتقال إليها فلا يثبت الانتقال إلا بالبينة، ولا شك أنه لو برهن على شرائه كان كإقرارها به فلا بد من بينة على انتقاله لها اهـ بدائع. وكذا إذا ادعت أنها اشترته منه مثلا فلا بد من بينة على الانتقال إليها منه بهبة أو نحو ذلك، ولا يكون استمتاعها بمشريه ورضاه بذلك دليلا على أنه ملكها ذلك كما تفهمه النساء والعوام، وقد أفتيت بذلك مرارا بحر.

أقول: وظاهر قوله وهذا كله إذا لم تقر المرأة الخ شامل لما يختص بالنساء تأمل، وينبغى تقييده بما لم يكن من ثياب الكسوة الواجبة على الزوج تأمل. وفى البحر عن القنية من باب مايتعلق بتجهيز البنات: افترقا وفى بيتها جارية نقلها معها، واستخدمتها سنة والزوج عالم به ساكت ثم ادعاها فالقول له لأن يده كانت ثابتة ولم يوجد المزيل اهـ. وبه علم أن سكوت الزوج عند نقلها مايصلح لهما لايبطل دعواه اهـ.

واحد منهما فيما صلح له مع يمينه) إلا إذا كان كل منهما يفعل أو يبيع مايصلح للآخر فالقول له لتعارض الظاهرين درر وغيرها

أقول : قوله لايبطل دعواه أى ولا دعواها لأن الجارية صالحة لهما (قوله فيما صلح له(١)) أى لكل منهما مع يمينه وتقدم الفرق بين الصالح له والصالح لها (قوله فالقول له) أى للذى يفعل أو يبيع من الزوجين قال الشرنبلالى ليس هذا على ظاهره ، لأن المرأة وما فى يدها فى يد الزوج والقول فى الدعاوى لصاحب اليد بخلاف مايختص بها لأنه عاوض يد الزوج ماهو أقوى منها ، وهو الاختصاص بالاستعمال كما فى العناية لكنه خلاف ماعليه الشروح فقد صرح العينى بخلافه (قوله لتعارض الظاهرين) أى ظاهر صالحيته لهما ، وظاهر اصطناعه أو بيعه له فتساقطا ورجعنا إلى اعتبار اليد : وهى وما فى يدها فى يده .

وبهذا الحل ظهر أنه لاوجه لتوقف سيدى أبى السعود فإنه قال : واعلم أن فى التعليل بتعارض الظاهرين تأملا لأنه حيث استويا فى القوة لايصلح أن يكون تعارضهما مرجحا لأحدهما هكذا توقفت برهة ثم راجعت عبارة الدرر . فلم أجد فيها التعليل المذكور اه فإنه يجعل التعارض مرجحا أى بل هو مسقط والمرجح اليد فليتأمل .

والحاصل : أن ماعلل به الشارح لايصلح علة لوجهين الأول إذا كان الزوج يبيع مايصلح له يشهد له ظاهران اليد والبيع لا ظاهر واحد . فلا تعارض وكذلك إذا كانت هى تبيع ذلك لايترجح ملكها إلا إذا كان مما يصلح لها على أن التعارض لايقتضى الترجيح ، بل التهاتر الثانى أنه إذا كان الزوج يبيع فلا تعارض ، وإن كانت هى تبيع فكذلك . وحينئذ الأوجه فى التعليل أن يقال : لأن ظاهر الذى يفعل ويبيع أظهر ، وأقوى كما أن ظاهرها فيما يختص بها أظهر وأقوى من ظاهره مع أنه له يد عليه تأمل (قوله درر وغيرها) عبارة الدرر إلا إذا كان كل منهما يفعل أو يبيع مايصلح للآخر اه : أى إلا أن يكون الرجل صائغا وله أساور ، وخواتيم النساء والحلى والخلخال ونحوها ، فلا يكون لها وكذا إذا كانت المرأة دلالة تبيع ثياب الرجال أو تاجرة تتجر فى ثياب الرجال أو النساء أو ثياب الرجال وحدها كذا فى شروح الهداية .

قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى : قول الدرر : وكذا إذا كانت المرأة دلالة الخ معناه أن القول فيه للزوج أيضا إلا أنه خرج منه ما لو كانت تبيع ثياب النساء بقوله قبله ، فالقول لكل منهما فيما يصلح له ، ويمكن حمل كلام الشارح على هذا المعنى أيضا بجعل الضمير فى قوله : فالقول له راجعا إلى الزوج ، ثم قوله لتعارض الظاهرين لايصلح علة سواء حمل الكلام على ظاهره . أو على هذا المعنى أما الأول ، فلأنه إذا كان الزوج يبيع يشهد له ظاهران اليد والبيع لا ظاهر واحد ، فلا تعارض إلا إذا كانت هى تبيع ، فلا يرجع ملكها لما ذكره الشرنبلالى إلا إذا كان مما يصلح لها على أن التعارض لايقتضى الترجيح بل التهاتر ، وأما الثانى ، فلأنه إذا كان الزوج يبيع ، فلا تعارض كما مر وأما إذا كانت تبيع هى . فكذلك لما مر أيضا فتنبه .

أقول : وما ذكره فى الشرنبلالية عن العناية صرح به فى النهاية . لكن فى الكفاية مايقتضى أن القول للمرأة حيث قال : إلا إذا كانت المرأة تبيع ثياب الرجال وما يصلح للنساء كالخمار والدرع والملحفة والحملى فهو للمرأة أى القول قولها فيها لشهادة الظاهر اه ومثله فى الزيلعى قال : وكذا إذا كانت المرأة تبيع مايصلح للرجال لايكون القول قوله فى ذلك اه فالظاهر أن فى المسألة قولين فليحرر اه

---

(١) قول المحشى (قوله فيما صلح له) هذه المقولة بغنى عنها المقولة قولها اه مصححه .

(والقول له في الصالح لهما) لأنها وما في يدها في يده والقول لذى اليد بخلاف ما يختص بها لأن ظاهرها أظهر من ظاهره وهو يد الاستعمال (ولو أقاما بينة يقضى ببينتها) لأنها خارجة خانية والبيت للزوج إلا أن يكون لها بينة بحر وهذا لو حيين (وإن مات أحدهما واختلف وارثه مع الحي في المشكل)

أقول : والحاصل أن القول للرجل فيما يختص به ، وفي المتشابه سواء كانت المرأة دلالة أو لا وإذا كان يصنع أو يبيع ثياب النساء وحليهن فالقول له في الأجناس كلها في المشهور (قوله والقول له في الصالح لهما) أي القول له في متاع يصلح للرجل وللمرأة (قوله لأنها وما في يدها في يد الزوج) أي والقول في الدعاوى لصاحب اليد وشمل كلامه ما إذا كان في ليلة الزفاف فيكون القول له لكن قال الأكمل في الخزانة : لو ماتت المرأة في ليلة زفافها في بيته لايستحسن أن يجعل متاع البيت من الفرش وحلى النساء وما يليق بهن للزوج والطنافس والقماقم والأباريق والفرش والخدم واللحف للنساء وكذا مايجهز مثلها إلا أن يكون الرجل معروفا بتجارة جنس منها فهو له ، واستثنى أبو يوسف من كون مايصلح لهما له ما إذا كان موتها ليلة الزفاف فكذا إذا اختلفا حال حياتهما فيما يصلح لهما . فالقول له وإذا كان الاختلاف في ليلة الزفاف فالقول لها في الفرش ونحوها لجريان العرف غالبا من الفرش والصناديق والخادم تأتى به المرأة ، وينبغي اعتماده للفتوى إلا أن يوجد نص في حكمه ليلة الزفاف عن الإمام بخلافه فيتبع بحر . لكن قال العلامة المقدسي بعد نقله عبارة الأكمل : فينبغي أن يتأمل فيه اهـ (قوله بخلاف مايختص بها الخ) جواب سؤال ورد على الكلام السابق تقريره إذا كان القول في الدعاوى لذى اليد والمرأة وما في يدها في يد الزوج يكون القول للزوج أيضا في المختص بها لأنه في يده ط (قوله وهو) أي ظاهرها (قوله لأنها خارجة) أي عن اعتبار الظاهر إذ الظاهر أنه له لأنه في يده وبينة الخارج مقدمة على بينة ذى اليد لكن تقدم أن هذا مقيد بما إذا كانت البينة على الملك المطلق ، فإن كانت على النتاج وسبب ملك لايتكرر كانت البينة لذى اليد فينبغي أن يجرى هذا هنا (قوله والبيت للزوج) أي لو اختلفا في البيت فهو له لأنه من الصالح لهما وفي يده حتى لو برهنا قضى ببرهانها خارجة خانية ، وفيها إن كان غير الزوجة في عيال أحد كابن في عيلة أب أو القلب كان المتاع عند الاشتباه للذى يعول (قوله إلا أن يكون لها بينة) أي فيكون البيت لها وكذا لو برهنت على كل ماصلح لهما أو له والبيت المسكن . وبيت الشعر معروف مصباح ، والبيت اسم لمسقف واحد مغرب ولم يذكر الدار ، وإن كان داخلا في العقار فالظاهر أن حكمه مثل البيت بدليل مانقله سيدى الوالد رحمه الله تعالى في باب الدخول والخروج ، وكذا صاحب البحر عن الكافي أن العرف الآن أن الدار والبيت واحد . فيحنث إن دخل صحن الدار وعليه الفتوى اهـ إلا أن يفرق بين هذا وبين اليمين .

أقول : والذى نقله الشارح هنا عن البحر أنها للزوج على قولهما ويؤيده ماقدمناه ولله الحمد .

قال في البحر : إذا اختلف الزوجان في غير متاع البيت ، وكان في أيديهما فإنهما كالأجنبيين يقسم بينهما اهـ .

وبه علم أن العقار إذا لم يكونا ساكنين فيه لم يدخل في مسمى متاع البيت لأن الكلام في متاع البيت فقط ، وقد علمت تفسير متاع البيت مما قدمناه من أن الأولى في تفسيره بالبيت . وبما كان فيه لما ذكرناه من الاختلاف في نفس البيت كذلك فعلم أن قول البحر : وإذا اختلف الزوجان في غير متاع البيت المراد به ما كان خارجا عن سكناهما فيقسم بينهما فيتعين تقييد العقار بما كانا ساكنين فيه فليتأمل (قوله وهذا) أي ماتقدم لو حيين (قوله في المشكل) والجواب

الصالح لهما (فالقول) فيه (للحى) ولو رقيقا .

وقال الشافعى ومالك : الكل بينهما وقال ابن أبى ليلى : الكل له وقال الحسن البصرى : الكل لها وهى المسبعة وعد فى الخانية تسعة أقوال (ولو أحدهما مملوكا) ولو مأذونا أومكاتبا وقالا والشافعى هما كالحر (فالقول للحر فى الحياة وللحى فى الموت) لأن يد الحر أقوى ولا يد للميت .

(أعتقت الأمة) أو المكاتبة أو المدبرة (واختارت نفسها فما فى البيت قبل العتق فهو للرجل وما بعده قبل أن تختار نفسها

فى غير المشكل على مامر حموى أى أن القول لكل منهما فيما يختص به ط (قوله الصالح لهما) بيان للمراد بالمشكل على حذف أى التفسيرية (قوله فالقول فيه للحى) أى بيمينه إذ لابد للميت در منتقى ، وأما مايصلح لأحدهما ، ولا يصلح للآخر فهو على ماكان قبل الموت ويقوم ورثته مقامه فيه عينى . وأفاد قوله يقوم وارثه مقامه أنه يعمل ببينة وارث الزوجة فى الصالح لهما (قوله ولو رقيقا) لأن الرقيق له يد وهذا لايناسب المقام ، لأن الكلام فيما إذا كانا حرين وأما إذا كان أحدهما مملوكا فهى المسألة الآتية وعليه فلو حذفه ، واستغنى بما يأتى فى المتن لكان أولى (قوله وهى المسبعة) أى التى فيها سبعة أقوال لأرباب الاجتهاد (قوله تسعة أقوال) الأول : مافى الكتاب وهو قول الإمام ، الثانى : قول أبى يوسف للمرأة جهاز مثلها والباقى للرجل يعنى فى المشكل فى الحياة والموت ، الثالث : قول ابن أبى ليلى : المتاع كله له ولها ماعليها فقط ، الرابع : قول ابن معن وشريك هو بينهما ، الخامس قول الحسن البصرى : كله لها وله ماعليه ، السادس : قول شريح : البيت للمرأة ، السابع : قول محمد : إن المشكل للزوج فى الطلاق والموت ، ووافق الإمام فيما لايشكل ، الثامن : قول زفر المشكل بينهما ، التاسع : قول مالك رضى الله تعالى عنه لكل بينهما هكذا حكى الأقوال فى خزانة الأكمل ، ولا يخفى أن التاسع : هو الرابع حلبى عن البحر .

قال فى الكفاية : : وعلى قول الحسن البصرى إن كان البيت بيت المرأة فالمتاع كله لها إلا ماعلى الزوج من ثياب بدنه وإن كان البيت للزوج فالمتاع كله له اه (قوله ولو أحدهما مملوكا فالقول للحر فى الحياة وللحى فى الموت) كما فى عامة شروح الجامع وذكر السرخسى أنه سهو والصواب أنه للحر مطلقا .

وفى المصفى ذكر فخر الإسلام أن القول هنا فى الكل لا فى خصوص المشكل لكن اختار فى الهداية قول العامة فاقتفى أصحاب المتون أثره ، وهو قول الإمام وعندهما المأذون والمكاتب كالحر كما فى الداماد شرح الملتقى (قوله هما كالحر) لأن لهما يدا معتبرة وله أن يد الحر أقوى وأكثر تصرفا فتقدمت (قوله فالقول للحر) قال القهستانى : وقوله الكل مشير إلى وقوع الاختلاف فى مطلق المتاع على ماذكر فخر الإسلام كما فى المصفى ، لكن فى الحقائق قيده بما إذا كان الاختلاف فى الأمتعة المشكلة اه بتصرف ذكره أبو السعود (قوله وللحى فى الموت) حرا كان أو رقيقا إذ لا يد للميت فبقيت يد الحى بلا معارض هكذا ذكره فى الهداية ، والجامع الصغير للصدر الشهيد وصدر الإسلام وشمس الأئمة الحلوانى وقاضيخان . وفى رواية محمد والزعفرانى للحر منهما بالراء اه درر (قوله لأن يد الحر أقوى) علة للمسألة الأولى ، وقوله : ولا يد للميت علة للمسألة الثانية : وهى كون القول للحى فيما إذا مات أحدهما سواء كان الحى الحر أو العبد لأنها إنما تظهر قوة يد الحر إذا كانا حيين أما الميت فلا يد له حرا كان أو عبدا فلذا كان القول للحى منهما ، وفيه لف ونشر مرتب وبحث فيه صاحب اليعقوبية فليراجع (قوله واختارت نفسها) أى لم ترض ببقائها فى نكاحه فاختارت نفسها (قوله فهو للرجل) لتحققه عنده وهى رقيقة والرقيق لاملك له (قوله قبل أن تختار نفسها) الظاهر أنه قيد اتفاق بل الحكم

فهو على ما وصفناه فى الطلاق) بحر وفيه : طلقها ومضت العدة فالمشكل للزوج ولورثته بعده لأنها صارت أجنبية لا يد لها ولما ذكرنا أن المشكل للزوج فى الطلاق فكذا لوارثه أما لومات، وهى فى العدة فالمشكل لها فكأنه لم يطلقها بدليل إرثها ولو اختلف المؤجر والمستأجر فى متاع البيت

كذلك ، ولو بعد الاختيار لأنه لايشترط قيام النكاح كما تقدم ، وعليه فلا فرق وإن وقع الاختلاف بعد الفرقة أو بعد انقضاء المدة تأمل ط بزيادة (قوله فهو على ماوصفناه فى الطلاق) يعنى المشكل للزوج ولها ماصلح لها لأنها وقته حرة كما هو معلوم من السياق واللحاق . ويؤيده قول السراج : ولوكان الزوج حرا والمرأة مكاتبة أو أمة أو مدبرة أو أم ولد وقد أعتقت قبل ذلك ، ثم اختلفا فى متاع البيت فما أحدثا قبل العتق فهو للرجل ، وما أحدثاه بعده فهما فيه كالحرين اه .

قال فى البحر : ثم اعلم أن هذا أى جميع مامر إذا لم يقع التنازع بينهما فى الرق والحرية والنكاح وعدمه، فإن وقع قال فى الخانية : ولوكانت الدار فى يد رجل وامرأة فأقامت المرأة البينة أن الدار لها وأن الرجل عبدها ، وأقام الرجل البينة أن الدار له والمرأة امرأته تزوجها بألف درهم ، ودفع إليها ولم يقم البينة أنه حر يقضى بالدار والرجل للمرأة ولا نكاح بينهما ، لأن المرأة أقامت البينة على رق الرجل والرجل لم يقم البينة على الحرية فيقضى بالرق ، وإذا قضى بالرق بطلت بينة الرجل فى الدار والنكاح ضرورة وإن كان الرجل أقام بينة أنه حر الأصل والمسألة بحالها يقضى بحرية الرجل ، ونكاح المرأة ويقضى بالدار للمرأة لأنا لم قضينا بالنكاح صار الرجل فى الدار صاحب يد والمرأة خارجة ، فيقضى بالدار لها كما لو اختلف الزوجان فى دار فى أيديهما كانت الدار للزوج فى قولها ، ولو اختلفا فى المتاع والنكاح فأقامت البينة أن المتاع لها وأنه عبدها وأقام أن المتاع له وأنه تزوجها بألف ونقدها فإنه يقضى به عبدا لها وبالمتاع أيضا لها ، وإن برهن على أنه حر الأصل قضى له بالحرية وبالمرأة والمتاع إن كان متاع النساء وإن كان مشكلا قضى بحريته وبالمرأة وبالمتاع لها اه (قوله طلقها ومضت العدة فالمشكل للزوج) قد استفيد هذا من التعميم السابق فى قوله : قام النكاح أولا وصاحب البحر إنما فرض المسألة فيما إذا مات الزوج بعد انقضاء العدة، وجعل المشكل لوارث الزوج ولا اعتبار للزوجة ، وإن كانت حية لأنها صارت أجنبية إلى آخر مايأتى عن المنح قريبا ولما شرطية والجواب فكذا يكون القول لوارثه ط (قوله لأنها صارت أجنبية) تعليل لقوله : ولورثته بعده يعنى إنما قلنا أن القول للحى لو مات وهى فى نكاحه ، أما بعد انقضاء العدة ، فقد صارت أجنبية فلم يبق لها يد على الصالح لها فكان القول فيه لورثة الزوج ، لأن المتاع فى يدهم بعد مورثهم وفيه تأمل أو هو محمول على ما إذا انتقلت وتركت المتاع بالبيت أما لو بقيت ساكنة بعد انقضاء العدة ، فالظاهر أن المتاع باق فى يدها فيكون القول قولها فى الصالح لها فليحرر .

قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى : ويستفاد من التعليل أنهما لو ماتا فكذلك (قوله ولما ذكرنا الخ) الأولى إسقاطه لعلمه من قوله : ولورثته بعده ولذا لم يذكره فى البحر (قوله أما لو مات الخ) لعله محمول على ما إذا كان الطلاق فى مرض الموت بدليل تعليله بقوله : بدليل إرثها . قال فى المنح قيد بكونهما زوجين للاحتراز عما إذا طلقها فى المرض ، ومات الزوج بعد انقضاء العدة فإن المشكل لوارث الزوج ، لأنها صارت أجنبية لم يبق لها يد وإن مات قبل انقضاء العدة كان المشكل للمرأة فى قول أبى حنيفة ، لأنها ترث فلم تكن أجنبية ، فكان هذا بمنزلة مالو مات الزوج قبل الطلاق كذا فى الخانية .

فالقول للمستأجر بيمينه وليس للمؤجر إلا ما عليه من ثياب بدنه ، ولو اختلف اسكافى وعطار فى آلات الأساكفة ، وآلات العطارين وهى فى أيديهما فهى بينهما بلا نظر لما يصلح لكل منهما وتمامه فى السراج . (رجل معروف بالفقر والحاجة صار بيده غلام وعلى عنقه بدرة وذلك بداره فادعاه رجل عرف باليسار وادعاه صاحب الدار فهو للمعروف باليسار وكذا كناس فى منزل رجل وعلى عنقه قطيفة يقول) الذى هى على عنقه (هى لى وادعاها صاحب المنزل فهى لصاحب المنزل .

رجلان فى سفينة بها دقيق فادعى كل واحد السفينة وما فيها وأحدهما يعرف ببيع الدقيق والآخر يعرف بأنه ملاح فالدقيق للذى يعرف ببيعه والسفينة لمن يعرف بأنه ملاح) عملا بالظاهر ، ولو فيها راكب

مطلب تورك على عبارة الشارح

وهذه العبارة هى التى نقلها الشارح هنا إلا أنه أخل بقوله طلقها فى المرض ، ثم نقل المصنف بعدها عن البحر وإن علم أنه طلقها ثلاثا فى صحته أو فى مرضه وقد مات بعد انقضاء عدتها فما كان من متاع الرجال والنساء فهو لورثة الزوج ، وإن مات فى عدة المرأة فهو للمرأة كأنه لم يطلق اه فيمكن أن يرجع قوله : وإن مات فى عدة المرأة الخ إلى قوله أو مرضه ، ليوافق مانقله عن الخانية ولظهور وجهه حينئذ تأمل (قوله فالقول للمستأجر بيمينه) لأن البيت مضاف إليه بالسكنى ، وقد سبق ذلك فى المحترزات .

مطلب تورك على كلام الشارح

(قوله فى آلات الأساكفة وآلات العطارين) لعل الواو بمعنى أو ، أى اختلفا فى آلات الأساكفة منفردة أو آلات العطارين منفردة ، لأن ما اختلفا فيه فى أيديهما فيقسم بينهما كما لو اختلفا فى سفينة فى أيديهما ، أو فى دقيق فى أيديهما وكان أحدهما ملاحا والآخر بائع الدقيق ، فإن كلا من السفينة والدقيق يقسم بينهما لما ذكرنا بخلاف ما إذا اختلفا فيهما مجتمعين ، فإنه يعطى لكل منهما ما يناسبه ، كما لو اختلفا فى سفينة ودقيق : وهى التى تأتى فى المتن أما لو لم نحمل الواو على معنى أو وتركنا العبارة على ظاهرها وأعطينا الإسكاف نصف آلات العطار والعطار نصف آلات الإسكاف فنكون تركنا الاستصحاب والعمل بالظاهر من الحال ويكون خالف هذا الفرع ما قبله وما بعده ، ويعكر علينا ذلك ، لأن تلك الفروع تقتضى أن لكل ما عرف به فتأمل وراجع (قوله فهى بينهما الخ) لأنه قد يتخذه لنفسه أو البيع ، فلا يصلح مرجحا تأمل وتفطن (قوله وعلى عنقه بدرة) هى كيس فيه ألف أو عشرة آلاف درهم أو سبعة آلاف دينار اه قاموس والظاهر أن المراد بها المال الكثير (قوله وذلك بداره) يفهم مفهومه بالأولى (قوله فهو للمعروف باليسار) وهذا كالذى بعده مما عمل فيه الأصحاب بظاهر الحال .

مطلب استنبط صاحب البحر أن من شرط صحة الدعوى
أن يكذب المدعى ظاهر حاله وقد تقدم تحقيقه أول الدعوى

قال فى البحر : وقد استنبطت من فرع الغلام أن من شرط سماع الدعوى أن لا يكذب المدعى ظاهر حاله كما هو مصرح به فى كتب الشافعية فلو ادعى فقير ظاهر الفقر على رجل أموالا عظيمة قرضا أو ثمن مبيع لا تسمع فلا جواب لها وقدمنا تحقيق ذلك أوائل الدعوى (قوله وعلى عنقه قطيفة) القطيفة دثار مخمل والجمع قطائف وقطف مثل صحيفة وصحف كأنهما جمع قطيف وصحيف ومنه القطائف التى تؤكل صحاح (قوله الذى هى) هكذا

وآخر ممسك وآخر يجذب وآخر يمدها وكلهم يدعونها فهى بين الثلاثة أثلاثا ولا شىء للماد .

رجل يقود قطارا بل وآخر راكب أن على الكل متاع الراكب فكلها له والقائد أجيره وأن لا شىء عليها فللراكب ما هو راكبه والباقى للقائد بخلاف البقر والغنم وتمامه فى خزانة الأكمل .

فى نسختى التى بيدى وهى الصحيحة وفى بعض النسخ كنسخة الطحطاوى الذى هو بضمير المذكر وكتب عليها الأولى : هى بضمير المؤنثة وكذا يقال فى ادعاه (قوله وآخر ممسك) الظاهر أنه ماسك الدفة التى هى للسفينة بمنزلة اللجام للدابة (قوله وآخر يجذب) بحبلها على البر (قوله وآخر يمدها) أى يجريها بمقدافها (قوله ولاشىء للماد) لأنه لايدله فيها أو أجبرهم على العمل بخلاف الباقين لأنهم المتصرفون فيها التصرف المعتاد (قوله وآخر راكب) أى بعيرا منها (قوله إن على الكل متاع الراكب) أى إن كان على جميع الإبل متاع الراكب فجميع الإبل للراكب وإن لم يكن على الإبل شىء من الحمل فللراكب البعير الذى هو راكب عليه مع ماعليه وباقى الإبل للقائد قاله أبو الطيب ، والظاهر أن الحكم كذلك لو كان على الكل متاع القائد ، فإن اختلفا فى المتاع كيف يكون ويراجع .

مطلب تورك على كلام الشارح

(قوله بخلاف البقر والغنم) أى إذا كان عليها رجلان أحدهما قائد ، والآخر سائق فهى للسائق إلا أن يقود شاة معه ، فتكون له تلك الشاة وحدها بحر عن نوادر المعلى : أى إلا أن يكون السائق للبقر أو الغنم معه شاة يقودها : أى أو بقرة فيكون له تلك للشاة أو البقرة وحدها ، وانقطع حكم السوق ، ويكون الباقى لقائدها وعليه فكلام الشارح غير تام (قوله وتمامه فى خزانة الأكمل) ويأتى تمام تفاريع هذه المسائل فى الفصل الآتى وذكر فى المنح مسائل من هذا القبيل فقال : دخل رجل فى منزل يعرف الداخل أنه ينادى ببيع الذهب والفضة أو المتاع ، ومعه شىء من ذلك فادعياه ، فهو لمن يعرف ببيعه ، ولا يصدق رب المنزل وإن لم يكن كذلك القول قول رب المنزل .

رجل خرج من دار إنسان وعلى عنقه متاع رآه قوم وهو معروف ببيع مثله من المتاع فقال صاحب الدار : ذلك المتاع متاعى ، والحامل يدعيه فهو للذى يعرف به وإن لم يعرف به ، فهو لصاحب الدار اهـ .

مطلب لاتسمع الدعوى بعد مضى المدة

قال فى البحر عن ابن الغرس رجل ترك الدعوى ثلاثا وثلاثين سنة ولم يكن له مانع من الدعوى ثم ادعى لم تسمع دعواه لأن ترك الدعوى مع التمكن يدل على عدم الحق ظاهرا ، وقدمنا عنهم أن من القضاء الباطل القضاء بسقوط الحق بمضى سنين ، لكن مافى المبسوط لايخالفه ، فإنه ليس فيه قضاء بالسقوط ، وإنما فيه عدم سماعها .

مطلب نهى السلطان عن سماع حادثة لها خمس عشرة سنة

وقد كثر السؤال بالقاهرة عن ذلك مع ورود النهى من السلطان أيده الله تعالى بعدم سماع حادثة لها خمس عشرة سنة وقد أفتيت بعدم سماعها عملا بنهيه اعتمادا على مافى خزانة المفتين ، والله سبحانه وتعالى أعلم اهـ .

. . . .

مطلب لاتسمع الدعوى بعد مضى ثلاثين سنة إذا كان الترك بلا عذر شرعى

من كون المدعى غائبا أو صبيا أو مجنونا وليس لهما ولى أو المدعى عليه
ذا شوكة أو أرض وقف ليس لها ناظر

وفى الحامدية عن الولوالجية : رجل تصرف زمانا فى أرض ورجل آخر رأى الأرض، والتصرف ولم يدع مات على ذلك لم تسمع بعد ذلك دعوى ولده فتترك على يد المتصرف ، لأن الحال شاهد اه.

قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى فى عقوده الدرية بعد كلام أقول : والحاصل من هذه النقول أن الدعوى بعد مضى ثلاثين سنة أو بعد ثلاثة وثلاثين لاتسمع إذا كان الترك بلا عذر من كون المدعى غائبا أو صبيا أو مجنونا ، وليس لهما ولى أو المدعى عليه أميرا جائرا يخاف منه أو أرض وقف ليس لها ناظر ، لأن تركها هذه المدة مع التمكن يدل على عدم الحق ظاهرا كما مر عن المبسوط ، وإذا كان المدعى ناظرا ومطلعا على تصرف المدعى عليه إلى أن مات المدعى عليه لاتسمع الدعوى على ورثته كما مر عن الخلاصة . وكذا لو مات المدعى لاتسمع دعوى ورثته كما مر عن الولوالجية ، والظاهر أن الموت ليس بقيد وأنه لاتقدير بمدة مع الإطلاع على التصرف لما ذكره المصنف ، والشارح فى مسائل شتى آخر الكتاب .

مطلب باع عقارا أو غيره وزوجته أو قريبه حاضر ساكت يعلم البيع لاتسمع دعواه

باع عقارا أو حيوانا أو ثوبا وابنه وامرأته أو غيرهما من أقاربه حاضر يعلم به ثم ادعى الابن مثلا أنه ملكه لاتسمع دعواه كذا أطلقه فى الكنز والملتقى وجعل سكوته كالإفصاح قطعا للتزوير والحيل .

مطلب لايعد سكوت الجار رضا بالبيع إلا إذا سكت عند التسليم والتصرف

بخلاف الأجنبى فإن سكوته ولو جارا لايكون رضا إلا إذا سكت الجار وقت البيع والتسليم ، وتصرف المشترى فيه زرعا وبناء فحينئذ لاتسمع دعواه على ماعليه الفتوى قطعا للأطماع الفاسدة اه ، وقوله : لاتسمع دعواه أى دعوى الأجنبى ، ولو جارا كما فى حاشية الخير الرملى على المنح وأطال فى تحقيقه فى فتاويه الخيرية من كتاب الدعوى ، فقد جعلوا فى هذه المسألة مجرد السكوت عند البيع مانعا من دعوى القريب ونحوه كالزوجة بلا تقييد باطلاع على تصرف المشترى ، كما أطلقه فى الكنز والملتقى ، وأما دعوى الأجنبى ، ولو جارا فلا يمنعها مجرد السكوت عند البيع ، بل لابد من الاطلاع على تصرف المشترى ، ولم يقيدوه بمدة ولا بموت كما ترى .

مطلب مايمنع صحة دعوى المورث يمنع صحة دعوى وارثه

لأن مايمنع صحة دعوى المورث يمنع صحة دعوى الوارث لقيامه مقامه كما فى الحاوى الزاهدى وغيره فتأمل ثم إن مافى الخلاصة والولوالجية يدل على أن البيع غير قيد بالنسبة إلى الأجنبى ، ولو جارا بل مجرد الاطلاع على التصرف مانع من الدعوى وإنما فائدة التقييد بالبيع هى الفرق بين القريب والأجنبى فإن القريب للبائع لاتسمع دعواه إذا سكت عند البيع بخلاف الأجنبى ، فإنه لاتسمع إذا اطلع على تصرف المشترى وسكت

. . . .

فالمانع لدعواه هو السكوت عند الاطلاع على التصرف لاالسكوت عندالبيع فلأجل الفرق بينهما صوروا المسألة بالبيع ووجه الفرق بينهما مع تمام بيان هذه المسألة محرر فى[حواشينا رد المحتار على الدر المختار].

ثم رأيت فى فتاوى المرحوم العلامة الغزى صاحب التنوير ما يؤيد ذلك ونصه : سئل عن رجل له بيت فى دار يسكنه مدة تزيد على ثلاث سنوات ، وله جار بجانبه والرجل المذكور يتصرف فى البيت المزبور هدما وعمارة مع إطلاع جاره على تصرفه فى المدة المذكورة ، فهل إذا ادعى البيت أو بعضه بعد ماذكر من تصرف الرجل المذكور فى البيت هدما وبناء فى المدة المذكورة تسمع دعواه أم لا : أجاب ؟ لاتسمع دعواه على ماعليه الفتوى اه .

فانظر كيف أفتى بمنع سماعها من غير القريب بمجرد التصرف مع عدم سبق البيع ، وبدون مضى خمس عشرة سنة أو أكثر .

ثم اعلم أن عدم سماع الدعوى بعدمضى ثلاثين سنة أو بعد الإطلا ع على التصرف ليس مبنيا على بطلان الحق ذلك ، وإنما هو مجرد منع للقضاة عن سماع الدعوى مع بقاء الحق لصاحبه ، حتى لو أقر به الخصم يلزمه ، ولو كان ذلك حكما ببطلانه لم يلزمه ويدل على ما قلناه تعليلهم للمنع بقطع التزوير والحيل كما مر فلا يرد ما فى قضاء الأشباه من أن الحق لا يسقط بتقادم الزمان ، ثم رأيت التصريح بما نقلناه فى البحر قبيل فصل دفع الدعوى وليس أيضا مبنيا على المنع السلطانى حيث منع السلطان عز نصره قضاته من سماع الدعوى بعد خمس عشرة سنة فى الأملاك وثلاثين سنة فى الأوقاف، بل هو حكم اجتهادى نص عليه الفقهاء كما رأيت فاغتنم تحرير هذه المسألة فإنه من مفردات هذا الكتاب والحمد لله المنعم الوهاب اه .

أقول : وعلى هذا لو ادعى على آخر دارا مثلا وكان المدعى عليه متصرفا فيها هدما وبناء أو مدة ثلاثين سنة وسواء فيه الوقف والملك ، ولو بلا نهى سلطانى أو خمس عشرة سنة ، ولو بلا هدم وبناء فيهما ، والمدعى مطلع على التصرف فى الصور الثلاث مشاهد له فى بلدة واحدة ، ولم يدع ولم يمنعه من للدعوى مانع شرعى لا تسمع دعواه عليه . أما الأول : فلاطلاعه على تصرفه هدما وبناء وسكوته ، وهو مانع من الدعوى كما عرفت. وأما الثانى : فلتركه الدعوى للمدة المزبورة وسكوته، وهو دليل عدم الحق له ، ولأن صحة الدعوى شرط لصحة القضاء والمنع منه حكم اجتهادى كما علمت . وأما الثالث : فللمنع من السلطان نصره الرحمن قضاته فى سائر ممالكه عن سماعها بعد خمس عشرة سنة إذا كان تركها لغير عذر شرعى فى الملك لا لكون التقادم يبطل الحق بدليل أن الحق باق ، ويلزمه لو أقر به فى مجلس القاضى ، فلو قال : لا أسلمها لمضى هذه المدة مع عدم دعواه علىّ وهو مانع منها لا يلتفت إلى تعلله وتنزع من يده فلو ادعى أن المدعى عليه أقر لى بها فى أثناء هذه المدة ، وهو ينكره ينبغى أن لا تسمع أيضا لأنه لما كان المنع من سماع أصل الدعوى ففرعها وهو الإقرار أولى بالمنع لما أن النهى مطلق فيشملهما إلا إذا كان الإقرار عند القاضى كما عرفت ، فتنزع من يده لإبطاله ملكه ولإلزامه الحجة على نفسه : وهى الإقرار بعدم صحة تصرفه .

مطلب لو ترك دعواه المدة ثم أقام بينة على أن المدعى عليه أقر له بها تسمع

لكن يعارض ذلك إطلاق عبارة الإسماعيلية حيث قال فيما إذا كانت دار بين زيد وهند فوضع زيد يده على الدار المزبورة مدة تزيد على خمس عشرة سنة ، وطلبت هند منه فى أثناء المدة أن يقسم لها حصتها وأجابها

. . . .

إلى ذلك ، ومات ولم يقسم لها فطالبت أولاده بحصتها فى الدار فذكروا بأن والدهم تصرف أكثر من خمس عشرة سنة ولم تدع عليه هند ولم يمنعها من الدعوى مانع شرعى ، فلا تسمع دعواها بذلك ، فهل تسمع دعواها حيث كان معترفا بأن لها فى الدار حصة أجاب : تسمع دعواها حيث كان معترفا بأن لها حصة اه إلى غير ذلك من الأجوبة إلا أنه لم يعز ذلك لأحد كما هو عادته فى فتاواه لكن يؤيده إطلاق التنقيح أيضا فتأمل وراجع يظهر لك الحق أما عدم ترك الدعوى فى مدة الخمس عشرة سنة ، فيشترط كون الدعوى عند القاضى ، فإن ادعى عند القاضى مرارا فى أثناء المدة التى هى خمس عشرة سنة إلا أن الدعوى لم تفصل ، فإن دعواه تسمع ولا يمنع مرور الزمان أما لو كان المدعى أو المدعى عليه غائبا مسافة لسفر ثم حضر مرارا فى أثناء المدة التى هى خمس عشرة سنة وسكت ثم أراد أن يدعى بعد ذلك ، فلا تسمع دعواه كذا فى فتاوى على أفندى ، وإذا كان المانع شوكة المدعى عليه وزالت فلا يمنع الدعوى إلا إذا استدام زوال شوكته خمس عشرة سنة ، فلو زالت شوكته أقل من خمس عشرة سنة ثم صار ذا شوكة لا يمنع بعد ذلك من الدعوى لأنه لم يصدق أنه ترك الدعوى فى مسألة زوال الشوكة خمس عشرة سنة ، وإنما قيدت بقولى عند القاضى ، فلو ترك المدة المزبورة إلا أنه فى أثناء ذلك ادعى مرارا عند غير القاضى لا تعتبر دعواه كما فى تنقيح سيدى الوالد رحمه الله تعالى ، هذا ما ظهر لى تفقها أخذا من مفهوم عبارات السادة الأعلام بوأهم الله تعالى دار السلام .

وأقول : لكن المعتبر الآن ما تقرر فى المجلة الشرعية فى الأحكام العدلية ، وصدر الأمر الشريف السلطانى بالعمل بمواجبه أن دعوى الإقرار بعد مضى مدة المنع من سماع الدعوى لاتسمع إذا ادعى أنه أقرله بها من جمعة أو سنة مثلا .إلا إذا كان الإقرار عند القاضى أو تحرر به سند شرعى بإمضاء المقر أو ختمه المعروفين ، وكان بمحضر من الشهود وشهدوا بذلك فإنها تسمع حينئذ إذالم يمض على الإقرار خمس عشرة سنة ، أو كان دعوى الإقرار على عقار وكان يستأجره المدعى عليه مدة تزيد على خمس عشرة سنة ، والمستأجر يدعى التصرف ، وينكر الاستئجار وأثبت المدعى الاستئجار ، ومواصلة الأجرة فى كل سنة وكان ذلك معروفا بين الناس ، فإنها تسمع الدعوى حينئذ ، وليس للمدعى عليه حق فى دعوى التصرف المدة الممنوع من سماع الدعوى بها وأيضا فإن أول ابتداء مدة المنع من حين زوال العذر كما تقدم .

ودعوى المرأة مهرها المؤجل إذا تركت دعواه والوقف المرتب بثم إذا كان المدعى محجوبا بالطبقة إذا استحق بزوالها وترك دعواه ، فإنه يعتبر مدة الترك من حين الوفاة أو الطلاق وزوال الدرجة لوكان خمس عشرة سنة لا تسمع .

ودعوى الدين على معسر أيسر إذا تركها المدة المذكورة من حين اليسار

ومدة عدم سماع الدعوى فى الوقف ست وثلاثون سنة إذا كان بدون عذر شرعى وكان للوقف متول .

وأما دعوى الأراضى الأميرية فمن بعد مرور عشر سنين لا تسمع الدعوى بها ولا بشىء من حقوقها .

وأما الدعوى فى المنافع العامة كالطريق العام والنهر العام والمرعى ، وأمثال ذلك إذتصرف بها أحد أى مدة كانت فإنها تسمع الدعوى عليه بها .

وأن القاصر إذا ادعى عقارا إرثا عن والده مثلا بعد بلوغه ،وأثبته بالبينة الشرعية فلا يسرى سماع الدعوى لبقية الورثة الباقين البالغين التاركين للدعوى مدة المنع ومثله من كان مسافرا .

وأنه إذا ترك شخص الدعوى عشر سنين مثلا بلا عذر شرعى ومات ، وترك دعواها وارثه أيضا البالغ

. . . .

عشر سنين أو خمس سنين ، فلاتسمع دعوى الوارث حينئذ لأن مجموع المدتين مدة المنع وأيضا المالك والمشترى منه إذا تركا الدعوى كذلك لا تسمع دعوى المشترى فيما يتعلق بحقوق المبيع إذا كان مجموع المدتين خمس عشرة سنة كما فى الباب الثانى من كتاب الدعوى من المجلة وفيها من المادة (١٨٣٠) لو أقر المدعى عليه ثم غاب قبل الحكم عليه وكان الإقرار لدى القاضى ، فله أن يحكم عليه فى غيابه . وكذلك لو ثبت الحق عليه بالبينة الشرعية وغاب قبل التزكية والحكم ، فللحاكم أن يزكى الشهود ويحكم عليه فى غيبته وفيها من المادة (١٨٣٤) لو أقيمت البينة على وكيل المدعى عليه ثم حضر المدعى عليه بالذات فللحاكم أن يحكم عليه . وكذا بالعكس يحكم على الوكيل وكذلك لو أقيمت البينة على أحد الورثة بحق ، ثم غاب فللحاكم أن يحضر وارثا آخر ليحكم عليه وفيها فى المادة المذكورة إذا طلب الحاكم الشرعى الخصم بطلب المدعى ؛ وامتنع عن الحضور بلا عذر فللحاكم إحضاره جبرا وإذا لم يمكن احضاره فبعد طلبه بورقة الأحضار ثلاث مرات فى ثلاثة أيام ولم يمكن إحضاره فللحاكم أن ينصب عنه وكيلا لتقام عليه الدعوى والبينة ويحكم عليه .

مطلب فى أمرد كره خدمة سيده لفسقه فادعى السيد عليه مبلغا سماه

وقامت الأمارات على السيد بأن غرضه استبقاؤه لاتسمع دعواه

فرع : سئل فى شاب أمرد كره خدمة من هو فى خدمته لمعنى هو أعلم بشأنه وحقيقته فخرج من عنده فاتهمه أنه عمد إلى سبته وكسره فى حال غيبته وأخذ منه كذا المبلغ سماه وقامت أمارة عليه بأن غرضه منه بذلك استبقاؤه واستقراره فى يده على مايتوخاه هل يسمع القاضى والحالة هذه عليه دعواه : ويقبل شهادة من هو متقيد بخدمته ، وأكله وشربه من طعامه ومرقته . والحال أنه معروف بحب الغلمان الجواب ، ولكم فسيح الجنان .

الجواب : قد سبق لشيخ الإسلام أبى السعود العمادى رحمه الله تعالى فى مثل ذلك فتوى بأنه يحرم على القاضى سماع مثل هذه الدعوى معللا بأن مثل هذه الحيلة معهود فيما بين الفجرة واختلاقاتهم فيما بين الناس مشتهرة وفيها من لفظه رحمه الله تعالى : لابد للحكام أن لايصغو المثل هذه الدعاوى ، بل يعزروا المدعى ؛ ويحجزوه عن التعرض لمثل ذلك الغمر المنخدع وبمثله أفتى صاحب تنوير الأبصار ، لانتشار ذلك فى غالب القرى والأمصار ، ويؤيد ذلك فروع ذكرت فى باب الدعوى ، تتعلق باختلاف حال المدعى ، وحال المدعى عليه ؛ ويزيد ذلك بعد إشهاده من بعشاه يتعشى ، وبغداه يتغدى ، فلا حول ولا قوة إلا بالله العلى العظيم إنا لله وإنا إليه راجعون ما شاء الله كان وما لم يشأ لم يكن والله تعالى أعلم فتاوى الخيرية .

وعبارة المصنف فى فتاويه بعد ذكره فتوى أبى السعود وأنا أقول : إن كان الرجل معروفا بالفسق وحب الغلمان والتحيل لا تسمع دعواه ولا يلتفت القاضى لها وإن كان معروفا بالصلاح والفلاح فله سماعها والله تعالى أعلم وأستغفر الله العظيم .

فصل فى دفع الدعاوى

لما قدم من يكون خصما ذكر من لا يكون خصما (قال ذواليد هذا الشىء) المدعى به منقولا كان أوعقارا (أودعنيه أو أعارنيه أو آجرنيه

مطلب دفع الدعوى صحيح وكذا دفع الدفع وما زاد عليه قبل الحكم وبعده على الصحيح إلا فى المخمسة

فصل فى دفع الدعاوى

قال فى الأشباه دفع الدعوى صحيح وكذا دفع الدفع وما زاد عليه يصح هو المختار وكما يصح الدفع قبل إقامة البينة يصح بعدها وكما يصح قبل الحكم يصح بعده إلا فى المسألة المخمسة كما كتبناه فى الشرح ، وكما يصح عند الحاكم الأول يصح عند غيره وكما يصح قبل الاستمهال يصح بعده هو المختار إلا فى ثلاث : الأولى : إذا قال لى دفع ولم يبين وجهه لا يلتفت إليه . الثانية : لو بينه لكن قال : بينتى غائبة عن البلد لم تقبل . الثالثة : لو بين دفعا فاسدا ولو كان الدفع صحيحا وقال بينتى حاضرة فى المصر يمهله إلى المجلس الثانى كذا فى جامع الفصولين والإمهال هو المفتى به كما فى البزازية ، وعلى هذا : لو أقر بالدين فادعى إيفاءه أو لإبراء فإن قال : بينتى فى المصر لا يقضى عليه بالدفع ، وإلا قضى عليه الدفع بعد الحكم صحيح إلا فى المسألة المخمسة كما ذكرته فى الشرح

مطلب لا يصح الدفع من غير المدعى عليه إلا إذا كان أحد الورثة

الدفع من غير المدعى عليه لا يصح إلا إذا كان أحد الورثة اه أى فإنه يسمع دفعه وإن ادعى على غيره لقيام بعضهم مقام الكل ، حتى لو ادعى مدع على أحد الورثة فبرهن الوارث الآخر أن المدعى أقر بكونه مبطلا فى الدعوى تسمع كما فى البحر ، لأن أحد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما لهم وعليهم (قوله ذكر من لا يكون خصما) لأن معرفة الملكات قبل معرفة الإعدام ، فإن قيل الفصل مشتمل على ذكر من يكون خصما أيضا قلت : نعم من حيث الفرق لا من حيث القصد الأصلى عناية (قوله هذا الشىء أودعنيه الخ) أطلق قوله هذا فشمل أنه قال ذلك وبرهن عليه قبل تصديقه المدعى فى أن الملك اه أو بعد تصديقه كما فى تلخيص الجامع ، أو أنكر كونه ملكاله ، فطلب من المدعى البرهان فأقامه ولم يقض القاضى حتى دفعه المدعى بأحد هذه الأشياء كما فى الشروح . فظهر أن قوله فى التصوير زيد لغائب بناء لما فى الشروح فيحمل على التمثيل ، لكن فى نور العين برمز قش : ادعى ذواليد وديعة ولم يمكنه إثباتها حتى حكم للمدعى ونفذ حكمه ، ثم لو برهن على الإيداع لا يقبل فلو قدم الغائب فهو على حجته .

مطلب لا تندفع الدعوى لو كان المدعى هالكا

يقول الحقير : فيه إشكال لما سيأتى فى أواخر هذا الفصل نقلا عن الذخيرة أنه كما يصح الدفع قبل الحكم يصح بعده أيضا ، ولعله بناء على أن الدفع بعد الحكم لا يسمع ، وهو خلاف القول المختار كما سيأتى أيضا هناك والله تعالى أعلم اه وأشار بقوله هذا الشىء إلى أن المدعى به قائم كما صرح به الشارح إذ لو كان هالكا لا تندفع الخصومة ، فيقضى بالقيمة على ذى اليد للمدعى ، ثم إن حضر الغائب فصدقه فيما قال : ففى الوديعه والرهن والإجارة والمضاربة والشركة يرجع المدعى عليه على الغائب بما ضمن ، ولا يرجع المستعير والغاصب والسارق

أو رهنيه زيد الغائب أو غصبته منه) من الغائب (وبرهن عليه) على ما ذكر

كما فى العمادية وإلى أنه أعم من أن يكون منقولا أو عقارا كما صرح به الشارح أيضا كما فى المبسوط ، وظاهر هذا القول على أن ذا اليد ادعى إيداع الكل أو عاريته أو رهنه إلخ .

مطلب قال النصف لى والنصف وديعة لفلان هل تبطل الدعوى فى الكل وفى النصف

ولو ادعى أن نصفه ونحوه ملكه ونصفه الآخر وديعة فى يده لفلان الغائب قيل لا تبطل دعوى المدعى إلا فى النصف وإليه الإشارة فى بيوع الجامع الكبير كما فى الذخيرة وقيل تبطل فى الكل لتعذر التمييز وعليه كلام المحيط والخانية والبحر واختار فى الاختيار ولكن قال صاحب العمادية فى هذا القول نظر فيظهر منه أن المختار عنده عدم البطلان فى النصف ونقل فى جامع الفصولين هذا النظر من غير تعرض وكذا صاحب نور العين واقتصر المصنف على الدفع بما ذكر للاحتراز عما إذا زاد وقال كانت دارى بعتها من فلان وقبضها ثم أودعنيها أو ذكر هبة وقبضا لم تندفع إلا أن يقر المدعى بذلك ولو أجاب المدعى عليه بأنها ليست لى أو هى لفلان ولم يزد لا يكون دفعا حموى ملخصا .

قال فى البحر : وأشار بقوله وبرهن عليه أى على ما قال إلى أنه لو برهن على إقرار المدعى أنه لفلان ولم يزيدوا فالخصومة بينهما قائمة كما فى خزانة الأكمل اه لكن يخالفه ما ذكره بعد عن البزازية أنها تندفع فى هذه الصورة وكذا مخالف لما قدمه قبل أسطر عن خزانة الأكمل لكن ما قدمه فيه الشهادة على إقرار المدعى أن رجلا دفعه إليه وما هنا على إقراره بأنه لفلان بدون التصريح بالدفع فتأمل .

مطلب حيلة إثبات الرهن على الغائب

(قوله أو رهنيه) هذه مما تصلح حيلة لإثبات الرهن فى غيبة الراهن كما فى حيل الولوالجية .

مطلب لابد من تعيين الغائب فى الدفع والشهادة

(قوله زيد الغائب) أتى باسم العلم لأنه لو قال أودعنيه رجل لا أعرفه لم تندفع فلابد من تعيين الغائب فى الدفع وكذا فى الشهادة كما يذكره الشارح فلو ادعاه من مجهول وشهدا بمعين أو عكسه لم تندفع بحر وفيه عن خزانة الأكمل والخانية لو أقر المدعى أن رجلا دفعه إليه أو شهدوا على إقراره بذلك فلا خصومة بينهما .

مطلب أطلق فى الغائب فشمل البعيد والقريب

وأطلق فى الغائب فشمل ما إذا كان بعيدا معروفا يتعذر الوصول إليه أو قريبا (قوله أو غصبته منه) المراد أن المدعى ادعى ملكا مطلقا فى العين ولم يدع فعلا وحاصل جواب المدعى عليه أنه ادعى أن يده يد أمانة أو مضمونة والملك لغيره (قوله وبرهن عليه) مزاده بالبرهان أى بعد إقامة المدعى البرهان على مدعاه لأنه لما ادعى الملك أنكره المدعى عليه فطلب منه البرهان ولم يقض للقاضى به حتى دفعه المدعى عليه بما ذكرنا وبرهن على الدفع ، ولابد من ذلك حتى لو قضى للمدعى لم يسمع برهان ذى اليد كما فى البحر . لكن قدمنا عن نور العين معزيا للذخيرة أن المختار خلافه ، وهو أنه كما يصح الدفع قبل الحكم يصح بعده أيضا فلا تنسه ، وقد يجاب بأنه إذا لم يدع الإيداع أو ادعاه ، ولم يبرهن عليه لم يظهر أن يده ليست يد خصومة فتوجهت عليه دعوى الخارج ، وصح الحكم بها بعد إقامة البينة على الملك لأنها قامت على خصم ، ثم إذا أراد المدعى عليه أن يثبت

. . . .

الإيداع لا يمكنه ، لأنه صار أجنبيا يريد إثبات الملك للغائب ، وإيداعه فلم تتضمن دعواه إبطال القضاء السابق والدفع إنما يصح إذا كان فيه برهان على إبطال القضاء . ولما لم يقبل برهانه ولا دعواه لما قلنا لم يظهر بطلان القضاء ، وعلى هذا لا ترد المسألة على القول المختار فليتأمل .

قال في نور العين : ادعى ملكا مطلقا فقال المدعى عليه اشتريته منك فقال المدعي : قد أقلت البيع فلو قال الآخر : إنك أقررت أني ما اشتريته يسمع إذا ثبتت العدالة إذ ويصح الدفع قبل إقامة البينة وبعدها وقبل الحكم وبعده ودفع الدفع ، وإن كثر صحيح في المختار ، حتى لو برهن على مال وحكم له فبرهن خصمه أن المدعي أقر قبل الحكم أنه ليس عليه شيء بطل الحكم .

قال صاحب جامع الفصولين أقول : ينبغي أن لا يبطل الحكم لو أمكن التوفيق بحدوثه بعد إقراره على ما سيأتي قريبا في فش أنه لم يبطل الحكم الجائز بشك .

يقول الحقير : قوله : ينبغي محل نظر لأن ما في ذ بناء على اختيار اشتراط التوفيق ، وعدم الاكتفاء بمجرد إمكان التوفيق كما مر مرارا فقط متقدمو مشايخنا جوزوا دفع الدفع وبعض متأخريهم على أنه لا يصح ، وقيل يصح ما لم يظهر احتيال وتلبيس .

فش : حكم له بمال ثم رفعا إلى قاض آخر وجاء المدعى عليه بالدفع يسمع ، ويبطل حكم الأول وفيه لو أتى بالدفع بعد الحكم في بعض المواضع لا يقبل نحو أن يبرهن بعد الحكم أن المدعي أقر قبل الدعوى أنه لا حق له في الدار لا يبطل الحكم لجواز التوفيق بأنه شراه بخيار فلم يملكه في ذلك الزمان ، ثم مضى الخيار وقت الحكم فملكه فلما احتمل هذا لم يبطل الحكم الجائز بشك ولو برهن قبل الحكم يقبل ولا يحكم إذ الشك يدفع الحكم ولا يرفعه .

يقول الحقير : الظاهر أنه لو برهن قبل الحكم فيما لم يكن التوفيق خفيا ينبغي أن لا يقبل ، ويحكم على مذهب من جعل إمكان التوفيق كافيا إذ لا شك حينئذ لأن إمكانه كتصريحه عندهم والله تعالى أعلم اه .

ثم نقل عن البزازية المقتضى عليه : لا تسمع دعواه بعده فيه إلا أن يبرهن على إبطال القضاء بأن ادعى دارا بالإرث وبرهن ، وقضى ثم ادعى المقضى عليه الشراء من مورث المدعي أو ادعى الخارج الشراء من فلان وبرهن المدعى عليه على شرائه من فلان أو من المدعي قبله أو يقضى عليه بالدابة فبرهن على نتاجها عنده اه .

مطلب أراد بالبرهان الحجة سواء كانت بينة أو إقرار المدعى

ومراده بالبرهان وجود حجة على ما قال سواء كانت بينة أو إقرار المدعي كما في البحر ، وقدمنا ما يدل عليه قريبا لكن لا تشترط المطابقة اعين ما ادعاه لما في البحر أيضا عن خزانة الأكمل قال : شهدوا أن فلانا دفعه إليه ولا ندري لمن هو ، فلا خصومة بينهما ، ولو لم يبرهن المدعى عليه ، وطلب يمين المدعي استحلفه القاضي فإن حلف على العلم كان خصما وإن نكل فلا خصومة اه .

وفي الخزانة : ولو لم يبرهن المدعى عليه وطلب يمين المدعي استحلفه القاضي ، فإن حلف على العلم كان خصما وإن نكل فلا خصومة اه وإن ادعى أن الغائب أودعه عنده يحلفه الحاكم بالله لقد أودعها إليه على البتات لا على العلم ، لأنه وإن كان فعل الغير لكن تمامه به وهو القبول بزازية .

قال البدر العيني : والشرط إثبات هذه الأشياء دون الملك حتى لو شهدوا بالملك للغائب دون هذه الأشياء

والعين قائمة لاهالكة وقال الشهود نعرفه باسمه ونسبه أو بوجهه وشرط محمد معرفته بوجهه أيضا فلو حلف لا يعرف فلانا وهو لا يعرفه إلا بوجهه لايحنث ذكره الزيلعى وفى الشرنبلالية عن خط العلامة المقدسى عن البزازية : أن تعويل الأئمة على قول محمد اه فليحفظ .

(دفعت خصومة المدعى)

لم تندفع الخصومة وبالعكس تندفع (قوله والعين قائمة) مفهومه أنها لاتندفع لوكان المدعى هالكا وسيأتى ، وبه صرح فى العناية أخذا من خزانة الأكمل فقال : عبد هلك فى يد رجل أقام رجل البينة أنه عبده ، وأقام الذى مات فى يده أنه أودعه فلان أو غصبه أو آجره ولم يقبل وهو خصم ، فإنه يدعى القيمة عليه وإيداع الدين لايمكن ، ثم إذا حضر الغائب وصدقه فى الإيداع والإجارة والرهن رجع عليه بما ضمن للمدعى . أما لوكان غصبا لم يرجع وكذا فى العارية والإباق مثل الهلاك ههنا ، فإن عاد العبد يوما يكون عبدا لمن استقر عليه الضمان اه . وكأن الشارح أخذ التقييد من الإشارة بقوله المار : هذا الشىء لأن الإشارة الحسية لا تكون إلا إلى موجود فى الخارج كما أفاده فى البحر وأشرنا إليه فيما سبق (قوله وقال الشهود نعرفه) أى الغائب المودع باسمه ونسبه .

قال فى البحر : لابد من تعيين الغائب فى الدفع والشهادة فلو ادعاه من مجهول وشهدا بمعين أو عكسه لم تندفع (قوله أو بوجهه) فمعرفتهم وجهه فقط كافية عند الإمام كما فى البزازية (قوله وشرط محمد معرفته بوجهه أيضا) صواب العبارة وشرط محمد معرفته بوجهه واسمه ونسبه أيضا أو يقول : ولم يكتف محمد بمعرفة الوجه فقط .

قال فى المنح : فعنده لابد من معرفته بالوجه والاسم والنسب اه ومحل الاختلاف فيما إذا ادعاه الخصم من معين بالاسم ، والنسب فشهدا بمجهول لكن قالا : نعرفه بوجهه أما لو ادعاه من مجهول لم تقبل الشهادة إجماعا كذا فى شرح أدب القاضى للخصاف (قوله فلو حلف لايعرف فلانا) لا يخفى أن التفريع غير ظاهر فكان الأولى أن يقول : ولم يكتف محمد بمعرفة الوجه فقط يدل عليه قول الزيلعى والمعرفة بوجهه فقط لا تكون معرفة ألا ترى إلى قوله عليه الصلاة والسلام لرجل « أتعرف فلانا ؟ فقال : نعم فقال : هل تعرف اسمه ونسبه ؟ فقال لا : فقال إذا لا تعرفه » وكذا لو حلف لا يعرف فلانا ، وهو لايعرفه إلا بوجهه لا يحنث (قوله ذكره الزيلعى) عبارته وهذا كله فيما إذا قال الشهود نعرف صاحب المال وهو المودع أو المعير باسمه ونسبه ووجهه لأن المدعى يمكنه أن يتبعه وإن قالوا لا نعرفه بشىء من ذلك لايقبل القاضى شهادتهم ولا تندفع الخصومة عن ذى اليد بالإجماع ، لأنهم ما أحالوا المدعى على رجل معروف تمكن مخاصمته ، ولعل المدعى هو ذلك الرجل ، ولو اندفعت لبطل حقه ولأنه لوكان المدعى هو المودع لا يبطل ، وإن كان غيره يبطل فلا يبطل بالشك والاحتمال دفعا للضرر عنه إلا إذا أحاله على معروف يمكن الوصول إليه كى لا يتضرر المدعى والمعرفة بوجهه فقط لا تكون معرفة الخ .

والحاصل على ما يؤخذ من كلامهم : إذ قالوا نعرفه باسمه ونسبه ووجهه تندفع اتفاقا وإذ قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه تندفع عند أبى حنيفة ، ولا تندفع عند محمد وأبى يوسف فإنهما يشترطان معرفته باسمه ووجهه، وأما معرفته باسمه دون وجهه فلا تكفى كما فى الشرنبلالية (قوله وفى الشرنبلالية) وفى المنح تبعا للبحر وتعويل الأئمة على قول محمد (قوله دفعت خصومة المدعى) أى حكم القاضى بدفعها لأنه أثبت ببينته

للملك المطلق لأن يد هؤلاء ليست يد خصومة . وقال أبو يوسف إن عرف ذو اليد بالحيل لاتندفع وبه يؤخذ ملتقى واختاره فى المختار وهذه مخمسة كتاب الدعوى

أن يده ليست يد خصومة ، بخلاف ما إذا ادعى الفعل عليه كالغصب وغيره ، لأن ذا اليد صار خصما للمدعى باعتبار دعوى الفعل عليه ، فلا تندفع الخصومة بإقامة البينة أن العين ليس للمدعى زيلعى . وأفاد أنه لو أعاد المدعى الدعوى عند قاض آخر لايحتاج المدعى عليه إلى إعادة الدفع بل يثبت حكم القاضى الأول كما صرحوا به وظاهر قوله : دفعته أنه لا يحلف للمدعى أنه لا يلزمه تسليمه إليه ، ولم أره الآن بحر وفيه نظر فإنه بعد البرهان كيف يتوهم وجوب الحلف أما قبله . فقد نقل عن البزازية أنه يحلف على البتات لقد أودعها إليه لا على العلم ، ثم نقل عن الذخيرة أنه لا يحلف لأنه مدع الإيداع ، ولو حلف لا تندفع بل يحلف المدعى على عدم العلم ، اللهم إلا أن يقال إن صاحب البحر لاحظ أنه يمكن قياسه على مديون الميت تأمل .

قال ط : وأطلق فى اندفاعها فشمل ما إذا صدقه ذو اليد على دعوى الملك ، ثم دفعه بما ذكر فإنها تندفع كما فى البزازية . ولم يشترط أحد من أئمتنا لقبول الدفع إقامة المدعى البينة فقول صاحب البحر : ولا بد من البرهان من المدعى غير مسلم لأنه لم يستند فيه إلى نقل أبو السعود اه .

قال فى جامع الفصولين : شح قال ذو اليد : أنه للمدعى إلا أنه أو دعنى فلان تندفع الخصومة لو برهن وإلا فلا فش لا تندفع الخصومة إذا صدقه .

أقول : فعلى إطلاقه يقتضى أن لا تندفع ولو برهن على الإيداع وفيه نظر اه (قوله للملك المطلق) أى من غير زيادة عليه واحترز به عما إذا ادعى عبدا أنه ملكه وأعتقه فدفعه المدعى عليه بما ذكر وبرهن فإنه لا تندفع الخصومة ، ويقضى بالعتق على ذى اليد فإن جاء الغائب ، وادعى وبرهن أنه عبده أو أنه أعتقه يقضى به ، فلو ادعى على آخر أنه عبده لم يسمع وكذا فى الإستيلاد والتدبير ، ولو أقام العبد بينة أن فلانا أعتقه وهو يملكه فبرهن ذو اليد على إيداع فلان الغائب بعينه يقبل ، وبطلت بينة العبد . فإذا حضر الغائب قيل للعبد أعد البينة عليه . فإن أقامها قضينا بعتقه وإلا رد عليه ، ولو قال العبد : أنا حر الأصل قبل قوله ، ولو برهن ذو اليد على الإيداع ، ولا ينافيه دعوى حرية الأصل ، فإن الحر قد يودع وكذا الإجارة والإعارة . وأما فى الرهن قال بعضهم : الحر قد يرهن وقال بعضهم : لا يرهن فتعتبر العادة كذا فى خزانة الأكمل اه لكن قال الرملى قالوا : الحر لا يجوز رهنه لأنه غير مملوك .

وأقول : فلو رهن رجل قرابته كابنه أو أخيه على ما جرت به عادة السلاطين . فلا حكم له لقوله تعالى - فرهان مقبوضة - والحر لا تثبت عليه اليد قال بعضهم : ورأيت فى مصنف ابن أبى شيبة عن إبراهيم وهو النخعى قال : إذا رهن الرجل الحر ، فأقر بذلك كان رهنا حتى يفكه الذى رهنه أو يفك نفسه وجه كلام النخعى المؤاخذة بإقراره اه . ومن الملك المطلق دعوى الوقف ودعوى غلبته .

قال فى البحر : لو ادعى وقفية ما فى يد آخر وبرهن فدفعه ذواليد بأنه مودع فلان ونحوه فبرهن فإنها تندفع خصومة المدعى كما فى الإسعاف (قوله وقال أبو يوسف أن عرف ذو اليد بالحيل) بأن يأخذ مال إنسان غصبا ثم يدفعه سرا إلى مريد سفر ويودعه بشهادة الشهود حتى إذا جاء المالك ، وأراد أن يثبت ملكه فيه أقام ذواليد بينة على أن فلانا أودعه فيبطل حقه أفاده الحلبى (قوله وبه يؤخذ ملتقى) واختاره فى المختار قال فى التبيين ، فيجب على القاضى أن ينظر فى أحوال الناس ويعمل بمقتضى حالهم فقد رجع أبو يوسف إلى هذا القول بعد

لأن فيها أقوال خمسة علماء كما بسط فى الدرر أو لأن صورها خمس عينى وغيره .

قلت : وفيه نظر إذ الحكم كذلك لو قال وكلنى صاحبه بحفظه أو أسكننى فيها زيد الغائب أو سرقته منه أو انتزعته منه أو ضل منه فوجدته بحر أو هى فى يدى مزارعة بزازية فالصور إحدى عشرة .

قلت : لكن ألحق فى البزازية المزارعة بالإجارة

ماولى القضاء وابتلى بأمور الناس وليس الخبر كالعيان اه ومثله فى معراج الدراية (قوله لأن فيها أقوال خمسة علماء) الأول : ما فى الكتاب . الثانى : قول أبى يوسف إن كان المدعى عليه صالحا فكما قال الإمام وإن كان معروفا بالحيل لم تندفع عنه . الثالث : قول محمد : إنه لابد من معرفة الاسم والنسب والوجه الرابع قول ابن شبرمه : إنها لا تندفع عنه مطلقا لأنه تعذر إثبات الملك للغائب ، لعدم الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه الخامس قول ابن أبى ليلى تندفع بدون بينة لإقراره بالملك للغائب وقد علم مما ذكر من قول محمد : إن الخلاف لم يتوارد على مورد واحد وشبرمة بضم الشين المعجمة ، وسكون الباء الموحدة ، وضم الراء واسمه عبد الله بن صبية بفتح الصاد وتشديد الباء الموحدة ابن الطفيل أحد فقهاء الكوفة ونظمها بعضهم فقال :

إذا قال أنى مودع كان دافعا ... لمن يدعى ملكا لدى ابن أبى ليلى
كذا عندنا إن جاء فيه بحجة ... ولم تندفع عند ابن شبرمة الدعوى
ويكفى لدى النعمان قول شهوده ... بأنا عرفنا ذلك المرأ بالمرأى
كذاك لدى الثانى إذا كان مصلحا ... وآخرهم يأبى إذا لم يكن سمى

قوله أو لأن صورها خمس : هى المذكورة فى المتن (قوله عينى) لم يقتصر العينى على هذا الوجه وإنما ذكر الاحتمالين (قوله وفيه نظر الخ) فيه نظر لأن وكلنى يرجع إلى أودعنيه ، وأسكننى إلى أعارنيه وسرقته منه إلى غصبته منه وضل منه فوجدته إلى أودعنيه وهى فى يدى مزارعة إلى الإجارة أو الوديعة ، فلا يزاد على الخمس بحسب أصولها ، وإلا فبحسب الفروع أحد عشر كما ذكره الشارح وبه يندفع التنظير ويندفع ما أورده صاحب البحر على البزازية ونسبة الذهول إليه كما فى المقدسى (قوله أو أسكننى فيها زيد الغائب الخ) هى وما قبلها ألحقهما فى البحر بالأمانة : أى الوديعة والعارية وفى الكافى ادعى دارا أنها داره ، فبرهن ذو اليد أن فلانا أسكنه بها فهذا على أربعة أوجه إن شهدا باسكان فلان ، وتسليمه أو بإسكانه وكانت فى يد ساكن يومئذ أولا فى يد الساكن تندفع ، وإن قالوا كانت يومئذ فى يد ثالث لا تقبل ، أما الأول : فلأنهما شهدا على إسكان صحيح لأن الصحيح يكون فيه تسليم وتسلم وكذا الثانى : لأن القبض الموجود عقب العقد يضاف إليه ، وكذا الثالث : لأن تحكيم الحال لمعرفة المقدار أصل مقرر والرابع فاسد (قوله أو سرقته منه) هى والتى بعدها ألحقهما فى البحر بالغصب (قوله أو انتزعته منه) عبر فى البحر بدله بقوله أو أخذته منه والحكم واحد ط (قوله بحر) ذكر فيه بعد هذا ما نصه وإلا ولأن راجعان إلى الأمانة والثلاثة الأخيرة إلى الضمان لم يشهد فى الأخيرة والافإلى الأمانة فالصور عشر وبه علم أن الصور لم تنحصر فى الخمس اه .

وقد علمت أن عدم انحصارها بحسب فروعها وإلا فعلى ما قرره من رجوع الخمسة المزيدة إلى الخمسة الأصول فهى منحصرة فالمراد انحصار أصولها فى الخمسة ولا يخفى أنه بعد رجوع مازاده لى ماذكر لا محل للاعتراض بعدم الانحصار تأمل (قوله أو هى فى يدى مزارعة) مقتضى كلامها أن هذه ليست فى البحر مع أنها والتى بعدها فيه ح (قوله ألحق) بصيغة الماضى المعلوم (قوله المزارعة بالإجارة) من حيث إن العامل إذا دفع

أو الوديعة قال فلا يزاد على الخمس وقد حررته فى شرح الملتقى (وإن) كان هالكا أو قال الشهود : أودعه من لا نعرفه

البذر منه كان مستأجرا لها وذلك فيما إذا كانت الأرض لواحد والبذر والعمل للآخر . فإنه يجعل كأنه أجره أرضه بما شرطه من الخارج (قوله أو الوديعة) من حيث عدم الضمان لنصيب صاحبه إذا ضاع منه من غير تعد كما إذا كان العمل لواحد . والباقى لآخر أو العمل والبقر ، فإنه يجعل كأنه استأجره ، أو استأجره مع بقره ليعمل له فى أرضه ببذر صاحب الأرض وصارت الأرض والبذر فى يد العامل بمنزلة الوديعة (قوله قال) أى فى البزازية (قوله فلا يزاد على الخمس) أى لا تزاد مسألة المزارعة التى زادها البزازى ، وقد علمت مما فى البحر أنه لا يزاد لباقية أيضا لكن فى البزازية لم يبين إلا إلحاق المزارعة ، وما فى البحر من رجوع الأولين إلى الأمانة والثلاثة الباقية إلى الضمان ليس فيه بيان الحاق لأن الأمانة والضمان ليستا من المسائل الخمس غايته أنه بين أن بعضها راجع إلى الأمانة والأمانة أنواع وكذا الضمان نعم قوله أسكننى فيها راجع إلى العارية : وهى من الصور الخمس وانتزعته منه راجع إلى الغصب . وهو كذلك فالحق أنها ثمان صور أو تسع لأن المزارعة وإن رجعت إلى غيرها لكنها تميزت باسم على حدة وكذا بأحكام فإن الإجارة بالمجهول وإعطاء الأجير من عمله مشروطه له ذلك لا يصح وفيها يصح (قوله وقد حررته فى شرح الملتقى) حيث عمم قوله : غصبته منه بقوله : ولو حكما فأدخل فيه بقوله أو سرقته منه أو انتزعته منه . وكذا عمم قوله أو دعنيه بقوله : ولو حكما فأدخل فيه الأربعة الباقية ولا يخفى أنه تحرير أحسن مما هنا فإنه هنا أرسل لاعتراض ولم يجب عنه إلا فى مسألة المزارعة فأوهم خروج ما عداها مما ذكروه مع أنه داخل فيه كما علمت فافهم .

مطلب إذا حضر الغائب وصدق المدعى عليه فى الإيداع

والإجارة والرهن رجع عليه بما ضمن للمدعى

وحاصل : ما يقال أنه إذا حضر الغائب وصدقه فى الإيداع والإجارة والرهن رجع عليه بما ضمن للمدعى ، لأنه هو الذى أوقعه فى هذه المسائل . لأنه عامل له أما فى الإيداع فظاهر . وأما فى الإجارة : فلأنه لما أخذ البدل صار كأنه هو المستوفى للمنفعة باستيفائه بدلها فصار المستأجر عاملا له ، وكذا الراهن فإنه موف لدينه بالرهن ، والمرتهن مستوف به دينه فأشبه عقد المعاوضة فإن منفعة الرهن له ليحصل به غرضه عن وصوله إلى الدين . أما لو كان غصبا فلأن ضمان المغصوب عليه . وقد أداه فلا يرجع به على غيره : لكن ظاهر كلام المنح أنه ليس للمقر له رجوع عليه بالقيمة بعد استيفاء المدعى ، لأنه صار مكذبا شرعا فى إقراره للغائب ، وكذا العارية ، لا يرجع فيها على المعير لأن المستعير عامل لنفسه . والمعير محسن وما على المحسنين من سبيل فلا رجوع له على معيره . وينبغى أن يرجع على الموكل لأنه عامل له والمسروق منه كالمغصوب منه . وينظر فى اللقطة هل يرجع عليه لأنه عامل له يتأمل فى ذلك والمزارعة كالإجارة (قوله وإن كان هالكا) محترز قوله والعين قائما ، وقد سبق أنه يدعى الدين عليه وهو قيمة الهالك وإيداع الدين لا يمكن وكذا أخوات الإيداع (قوله أو قال الشهود أودعه من لا نعرفه) لأنهم ما أحالوا المدعى على رجل تمكن مخاصمته : ولعل المدعى هو ذلك الرجل . ولو اندفعت لبطل حقه كما مر . لكن قد يقال : إن مقتضى البينة لشيئين ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه ، فلم يثبت ودفع خصومة المدعى وهو خصم . فيثبت وكذا ينبغى أن يقال فى المجهول أن لا يثبت للمجهول وتندفع

أو أقر ذو اليد بيد الخصومة كأن (قال) ذواليد (اشتريته) أو اتهبته (من الغائب أو) لم يدع الملك المطلق بل ادعى عليه الفعل بأن (قال المدعى غصبته) منى (أو) قال (سرق منى) وبناه للمفعول للستر عليه فكأنه سرقته منى

خصومة المدعى تأمل (قوله أو أقر ذواليد بيد الخصومة) كيد الملك فإن القاضى يقضى ببرهان المدعى لأن ذا اليد لما زعم أن يده يد ملك اعترف بكونه خصما .

قال فى البزازية : ولو برهن بعده على الوديعة لم تسمع (قوله قال ذواليد اشتريته) ولو فاسدا مع القبض كما فى البحر وأطلق فى الشراء فعم الفاسد كما فى أدب القاضى ، وأشار إلى أن المراد من الشراء الملك المطلق ، ولو هبة كما يذكر .

وحاصل هذه : إن المدعى ادعى فى العين ملكا مطلقا ، فأنكره المدعى عليه فبرهن المدعى على الملك فدفعه ذو اليد بأنه اشتراها من فلان الغائب ، وبرهن عليه لم تندفع عنه الخصومة يعنى فيقضى القاضى ببرهان المدعى لأنه لما زعم أن يده يد ملك اعترف بكونه خصما بحر .

وفيه عن الزيلعى : وإذا لم تندفع فى هذه المسألة وأقام الخارج البينة فقضى له ، ثم جاء المقر له الغائب ، وبرهن تقبل بينته لأن الغائب لم يصر مقضيا عليه وإنما قضى على ذى اليد خاصة اهـ .

لكن فيه أن القضاء على ذى اليد قضاء على من تلقى ذواليد الملك منه أيضا فلا تسمع دعواه أيضا إلا إذا ادعى النتاج ونحوه كما تقدم فى باب الاستحقاق تأمل . وحينئذ فيجب تصويرها فيما إذا قال المدعى عليه : هذا الشىء ملك فلان الغائب ولم يزد على ذلك فإنه لا تندفع الدعوى عنه بذلك فإذا جاء المقر له الخ فبناؤها على ما قبلها غير صحيح وهو خلط مسألة بمسألة تأمل (قوله أو اتهبته من الغائب) أى وقبضته ومثلها الصدقة كما فى البحر ، وهذا كما ترى ليس فيه إلا دعوى ما ذكر من غير أن يدعى ذواليد أن المدعى باعها من الغائب ، فلو ادعى ذلك أى وبرهن تقبل وتندفع الخصومة وكذا إذا ادعى ذواليد ذلك وإن لم يدع تلقى الملك من الغائب ط (قوله أو لم يدع الملك المطلق) الضمير فى يدعى يرجع إلى المدعى لا إلى ذى اليد والأوضح إظهاره لدفع التشتيت وقد سبق بيانه (قوله بل ادعى عليه) أى على ذى اليد الفعل وقيد به للاحتراز عن دعواه على غيره فدفعه ذو اليد لواحد مما ذكر وبرهن فإنها تندفع كدعوى الملك المطلق كما فى البزازية بحر .

وأشار الشارح إلى هذا أيضا بقوله بخلاف قوله غصب منى الخ لكن قوله : وبرهن ينافيه ماسننقله عن نور العين من أنه لا يحتاج إلى البينة وكذا مسألة الشراء التى ذكرها المصنف ، وهى مسألة المتون بأن قال المدعى : غصبته منى أو سرق منى ذكر الغصب والسرقة تمثيل ، والمراد دعوى فعل عليه فلو قال المدعى أودعتك إياه أو اشتريته منك وبرهن ذو اليد كما ذكرنا على وجه لا يفيد ملك الرقبة له لا يدفع كذا فى البزازية بحر فكان الأولى أن يقول : كأن قال سرق منى (قوله وبناه للمفعول للستر عليه) والأولى لدرء الحد عنه ، لأن الستر يحتاج إليه كل من السارق والغاصب ، لأن فعلهما معصية لكن الغصب لا حد فيه والسرقة فيها الحد ويعلم بالأولى حكم ما إذا بناه للفاعل فقد نص على الموهوم وموضع الخلاف ، فإن محمدا يجعلها كالغصب فلو بناه للفاعل فهو محل اتفاق على عدم صحة الدفع (قوله فكأنه قال سرقته منى) فإنه لا تندفع الخصومة اتفاقا لأنه يدعى عليه الفعل ، وأما سرق منى فهو عند الإمام الأول والثانى ومحمد يقول : تندفع الخصومة لأنه لم يدع عليه الفعل فهو كقوله غصب منى ، وقولهما استحسان ، لأنه فى معنى سرقته منى ، وإنما بناء للمفعول

بخلاف غصب مني أو غصبه مني فلان الغائب كما سيجيء حيث تندفع وهل تندفع بالمصدر؟ الصحيح لا بزازية (وقال ذو اليد) في الدفع (أودعنيه فلان وبرهن عليه لا) تندفع في الكل لما قلنا .

(قال في غير مجلس الحكم أنه ملكي ثم قال في مجلسه إنه وديعة عندي) أو رهن (من فلان تندفع مع البرهان على ما ذكر ولو برهن المدعي على مقالته الأولى يجعله خصما ويحكم عليه) لسبق إقرار يمنع الدفع بزازية (وإن قال المدعي اشتريته من فلان) الغائب (وقال ذو اليد أودعنيه فلان ذلك) أي بنفسه فلو بوكيله

لما قدمناه لدرء الحد الخ (قوله بخلاف غصب مني) أي بالبناء للمفعول فإن الخصومة تندفع فيه لاحتمال أن الغاصب غير ذي اليد .

قال في الهندية : وكذا أخذ مني اه ومفاده أن الأخذ كالغصب كما تقدم (قوله أو غصبه مني فلان الخ) قال في البحر : وقيد بدعوى الفعل على ذي اليد للاحتراز عن دعواه على غيره فدفعه ذو اليد بواحد مما ذكرناه وبرهن فإنها تندفع كدعوى الملك المطلق كما في البزازية (قوله وهل تندفع) أي خصومة المدعي بالمصدر بأن قال المدعي : هذا ملكي ، وهو في يد المدعى عليه غصب فبرهن ذو اليد عن الإيداع ونحوه ، قيل : تندفع لعدم دعوى الفعل عليه ، والصحيح أنها لاتندفع ، أما في السرقة فيجب أن لاتندفع كما في بنائه للمفعول خير الدين على المنح ، ومثال السرقة أن يقول : هذا ملكي في يده سرقة (قوله الصحيح لا) أي لاتندفع بل تتوجه الخصومة عليه لما قلنا ، وقيل : تندفع لعدم دعوى الفعل عليه (قوله بزازية) قال ادعى أنه ملكه وفي يده غصب فبرهن ذو اليد على الإيداع قيل : تندفع لعدم دعوى الفعل عليه والصحيح أنها لاتندفع بحر (قوله أودعنيه) ظاهر البزازية أن الوديعة مثال . وعبارتها : لو برهن المدعي أنها له سرقت منه لايندفع وإن برهن المدعى عليه على الوصول إليه بهذه الأسباب (قوله وبرهن عليه) أراد بالبرهان إقامة البينة فخرج الإقرار لما في البزازية معزيا إلى الذخيرة من صار خصما لدعوى الفعل عليه إن برهن على إقرار المدعي بإيداع الغائب منه تندفع ، وإن لم تندفع بإقامة الإيداع بثبوت إقرار المدعي أن يده ليست يد خصومة بحر (قوله لاتندفع في الكل) أي فيقضى ببرهان المدعي (قوله لما قلنا) أي من أنه أقر ذو اليد بيد الخصومة أما في مسألتي المتن فأشار إلى علة الأولى بقوله : أو أقر ذو اليد بيد الخصومة ، وإلى علة الثانية بقوله : ادعى عليه الفعل أي فإنه صار خصما بدعوى الفعل عليه لا بيده ، بخلاف دعوى الملك المطلق ، لأنه خصم فيه باعتبار يده كما في البحر .

وأما علة ما إذا كان هالكا فلم يشر إليها : وهي أنه يدعي الدين ومحله الذمة فالمدعى عليه ينتصب خصما بذمته وبالبينة أنه كان في يده وديعة لايتبين أن مافي ذمته لغيره ، فلا تندفع كما في المعراج وكذا علة ما إذا قال الشهود أودعه من لانعرفه : وهي أنهم ما أحالوا المدعي على رجل تمكن مخاصمته كذا قيل (قوله قال) أي ذو اليد (قوله ثم قال في مجلسه) أي مجلس الحكم (قوله ولو برهن المدعي) قال الطحطاوي : تطويل من غير فائدة والأخصر الأوضح أن يقول : إلا إذا برهن المدعي على ذلك الإقرار ، ومحصله : إن ادعاه المدعي إقراره في غير مجلس الحكم لايقبل إلا إذا برهن عليه (قوله يجعله الخ) أي يجعل الحاكم ذا اليد خصما فيحكم عليه بإثباته للمدعي (قوله لسبق إقرار) بإضافة سبق إلى إقرار ، ويمنع فعل مضارع والدفع مفعوله ولا يخفى مافيه من التعقد (قوله يمنع الدفع) أي دفع ذي اليد بأنه عارية مثلا من فلان (قوله ذلك) أي المذكور في كلام المدعي الذي يدعي الشراء منه ، وقيد به للاحتراز عما لو ادعى الشراء من فلان الغائب المالك وبرهن ذو اليد على إيداع غائب آخر منه لاتندفع ذكره في البحر (قوله أي بنفسه) تقييد لقوله أودعنيه لاتفسير لقوله ذلك ح

لم تندفع بلا بينة .

(دفعت الخصومة وإن لم يبرهن) لتوافقهما أن أصل الملك للغائب إلا إذا قال : اشتريته ووكلنى بقبضه وبرهن ولو صدقه فى الشراء لم يؤمر بالتسليم لئلا يكون قضاء على الغائب بإقراره وهى عجيبة ثم اقتصار الدرر وغيرها على دعوى الشراء قيد اتفاقى فلذا قال (ولو ادعى أنه له غصبه منه فلان الغائب وبرهن عليه وزعم ذو اليد أن هذا الغائب أودعه عنده اندفعت) لتوافقهما أن اليد لذلك الرجل (ولو كان مكان دعوى الغصب دعوى سرقة لا) تندفع بزعم ذى اليد إيداع ذلك الغائب

(قوله لم تندفع) أى الخصومة بلا بينة لأنه لم يثبت تلقى اليد ممن اشترى هو منه لإنكار ذى اليد ولا من جهة وكيله لإنكار المشترى بحر ولأن الوكالة لاتثبت بقوله معراج (قوله دفعت الخصومة) جواب إن (قوله وإن لم يبرهن) لم يذكر يمين ذى اليد وفى البناية ، ولو طلب المدعى يمينه على الإيداع يحلف على البتات انتهى بحر (قوله لتوافقهما أن أصل الملك للغائب) فيكون وصولها إلى يده من جهته فلم تكن يده يد خصومة (قوله إلا إذا قال) أى المدعى (قوله اشتريته) أى من الغائب (قوله ووكلنى بقبضه) أى منك أعنى واضع اليد فيأخذه لكونه أحق بالحفظ عينى (قوله وبرهن) أى فحينئذ يصح دعواه .

والحاصل : أنه بدعوى الوديعة يندفع المدعى إلا إذا ادعى أنه اشتراه من الغائب ، وأن البائع أمره بالقبض (قوله بإقراره) أى بإقرار ذى اليد والإقرار حجة قاصرة لاتسرى على المالك .

وحاصل هذه المسألة : أن المدعى ادعى الملك بسبب من جهة الغائب فدفعه ذو اليد بأن يده من الغائب ، فقد اتفقا على أن الملك فيه للغائب فيكون وصولها إلى ذى اليد من جهته ، فلم تكن يده يد خصومة إلا أن يقيم المدعى بينة أن فلانا وكله بقبضه لأنه أثبت ببينته كونه أحق بإمساكها ، ولو صدقه ذو اليد فى شرائه منه لايأمره القاضى بالتسليم إليه حتى لايكون قضاء على الغائب (قوله وهى عجيبة) سبقه على التعجب الزيلعى ولا عجب أصلا ، لأن إقراره على الغير غير مقبول ، لأن الإقرار حجة قاصرة لاتتعدى إلى غير المقر ، وقد اتفقا على أن المدعى به ملك الغائب فلا ينفذ إقرار مودعه عليه ، ولها نظائر كثيرة كمتولى الوقف ، وناظر اليتيم فإنه يلزمه بالبرهان لا بالإقرار وتقدمت هذه بعينها فى كتاب الوكالة أن المودع لو أقر له أن المودع وكله بقبض الوديعة لايؤمر بالدفع إليه لعدم نفوذ إقرار المودع على المودع فى إبطال يده ، ولو برهن على الوكالة أمر بالدفع إليه ، بخلاف مالو كان مديون الغائب ، وادعى عليه شخص الوكالة بالقبض وصدقه ، فإنه يدفع إليه لأن الديون تقضى بأمثالها فكان إقرارا على نفسه لا على الغائب ، ويمكن أن يقال فى وجه العجب أن فى كل من المسألتين قضاء على الغائب وقد أمر بالتسليم فى الأولى دون الثانية ، ولأنا نلزمه بالتسليم بالبرهان لا بالإقرار تأمل (قوله ولو ادعى أنه له) قلت وكذا لو ادعى أنه أعاره لفلان كما يظهر من العلة (قوله اندفعت) أى بلا بينة نور العين (قوله ولو كان مكان الغصب سرقة لاتندفع) أى دعوى سرقة الغائب وفيه أنهما توافقا أن اليد لذلك الرجل .

قال صاحب البحر : وقد سألت بعد تأليف هذا المحل بيوم عن رجل أخذ متاع أخته من بيتها ورهنه وغاب فادعت الأخت به على ذى اليد .

فأجاب : بالرهن فأجبت إن ادعت الأخت غصب أخيها وبرهن ذو اليد على الرهن اندفعت وإن ادعت السرقة لا والله تعالى أعلم : أى لاتندفع ، وظاهره أنها ادعت سرقة أخيها مع أنا قدمنا عنه أن تقييد دعوى الفعل على ذى اليد للاحتراز عن دعواه على غيره ، فإنه لو دفعه ذو اليد بواحد مما ذكر وبرهن تندفع كدعوى

استحسانا بزازية :

وفى شرح الوهبانية للشرنبلالى : لو اتفقا على الملك لزيد وكل يدعى الإجارة منه لم يكن الثانى خصما للأول على الصحيح ولا لمدعى رهن أو شراء أما المشترى فخصم للكل .

[فروع] قال المدعى عليه لى دفع يمهل إلى المجلس الثانى صغرى .

للمدعى تحليف مدعي الإيداع على البتات درر وله تحليف المدعى على العلم

الملك المطلق ، فيجب أن يحمل كلامه هنا على أنها ادعت أنه سرق منها مبنيا للمجهول لتكون الدعوى على ذى اليد ، وإن أبقى على ظاهره يكون جريا على مقابل الاستحسان الآتى قريبا لكن يتأتى الحمل المذكور قولها إن أخاها أخذه من بيتها تأمل ، وقيد بقوله غصبه منه أو سرقه للاحتراز عن قوله : إنه ثوبى سرقه منى زيد وقال ذو اليد أودعنيه زيد ذلك لاتندفع الخصومة استحسانا :

يقول الحقير : لعل وجه الاستحسان هو أن الغصب إزالة اليد المحققة بإثبات اليد المبطلة كما ذكر فى كتب الفقه فاليد للغاصب فى مسألة الغصب ، بخلاف مسألة السرقة إذ اليد فيها لذى اليد إذ لا يد للسارق شرعا ، ثم إن فى عبارة لايد للسارق نكتة لايخفى حسنها على ذوى النهى نور العين ، وهذا أولى مما قاله السائحانى : يجب حمله على ما إذا قال سرق منى ، أما لو قال سرقه الغائب منى فإنها تندفع لتوافقهما أن اليد للغائب ، وصار من قبيل دعوى الفعل على غير ذى اليد : وهى تندفع كما فى البحر لكن ذكر بعده هذه المسألة ، وأفاد أنها مبنية للفاعل وصرح بذلك فى الفصولين فلعل فى المسألة قولين قياسا واستحسانا انتهى (قوله استحسانا) قدمنا وجهه قريبا عن نور العين ولعل وجهه أيضا دفع إفساد السراق لأن الضرورة فى السرقة أعظم من غيرها، لأنها تكون خفية ولذا شرع فيها الحد (قوله لم يكن الثانى خصما للأول) أى مالم يدع عليه فعلا أو حتى يحضر المالك بمنزلة المستعير ، لأنه لايدعى ملك العين فلا يكون خصما للأول اه عبد البر ولا يحتاج فى دفع هذه إلى البينة لاتفاقهما على ملك زيد وأنه صاحب اليد (قوله ولا لمدعى رهن أو شراء) لما ذكرنا من العلة (قوله أما المشترى فخصم للكل) وكذلك الموهوب له أى من يدعى الشراء أو الهبة مع القبض إذا برهن يكون خصما للمستأجر ، ولمدعى الرهن ولمدعى الشراء .

قال فى البزازية : بيده دار زعم شراءها من فلان الغائب أو صدقة مقبوضة أو هبة منذ شهر أو أمس ، وبرهن أولا وبرهن آخرا أن ذلك الغائب رهنها منذ شهر وأجرها أو أعارها ، وقبضها يحكم بها للمستعير ، والمستأجر والمرتهن ، ثم ذو اليد بالخيار إن شاء سلم المدعى وتربص إلى انقضاء المدة أو فك الرهن ، وإن شاء نقض البيع ، وإن كان المدعى برهن أن الدار له أعارها أو أجرها أو رهنها من الغائب أو اشتراها الغائب منه، ولم ينقد الثمن قبل أن يشتريها ذو اليد يقضى بها للمدعى فى الوجوه كلها أما فى الإعارة : فلعدم اللزوم، وأما فى الإجارة فلأنه عذر فى الفسخ لأنه يريد إزالتها عن ملكه ، وأما فى الشراء فلأن له حق الاسترداد لاستيفاء الثمن ، فإن دفع الحاكم الدار إلى المدعى ، فإن كان أجرها ولم يقبض الأجرة أخذ منه كفيلا بالنفس إلى انقضاء المدة ، وإن كان قبض الأجرة أو كان ادعى رهنا لاتدفع للمدعى وتوضع على يد عدل :

وفى القنية : فلو ادعى ذو اليد أن المدعى باع العين للغائب وبرهن ذكر فى أجناس الناطفى أنها تقبل وتندفع الخصومة (قوله يمهل إلى المجلس الثانى) أى مجلس القاضى وظاهر الإطلاق يعم ماطال فصله ، وقصر وهذا بعد السؤال عنه وعلمه بأنه دفع صحيح كما تقدم قبيل التحكيم (قوله للمدعي تحليف مدعي الإيداع على البتات)

وتمامه فى البزازية .

وكل بنقل أمته فبرهنت أنه أعتقها قبل للدفع لا للعتق ما لم يحضر المولى ابن ملك .

يعنى إذا ادعى شراء شىء من زيد وادعى ذو اليد إيداعه منه فإنها تندفع الخصومة من غير برهان لاتفاقهما على أن أصل الملك للغائب لكن لمدعى الشراء تحليف ذى اليد على الإيداع على البت لا على العلم لأنه وإن كان فعل الغير لكن تمامه به وهو القبول .

وفى الذخيرة : لايحلف ذو اليد على الإيداع لأنه مدعى الإيداع ولا حلف على المدعى، ولو حلف أيضا لاتندفع ولكن له أن يحلف المدعى على عدم العلم اه .

فأفاد بذكر عبارة الذخيرة أن مانقله أولا معناه أن حقه لو حلف يحلف على البتات، ولكنه بحلفه لاتندفع الدعوى كما هو ظاهر ولذا قال فى الدرر : الظاهر أن التحليف يقع على التوكيل لاعلى الإيدع ، فإن طلب مدعى الإيداع يمين مدعى التوكيل ، بناء على ما ادعى من الإيداع ، وعجز عن إقامة البرهان عليه حلف على البتات يعنى على عدم توكيله إياه لا على عدم علمه بتوكيله إياه . وعبارة الدرر غير صحيحة لأنه جعل اليمين على مدعى التوكيل وإنما هى على المدعى عليه أى مدعى الإيداع كما هوظاهر من قول الكافى فإن طلب المدعى : أى مدعى الشراء يمينه أى يمين مدعى الإيداع كذا فى الشرنبلالية .

وحاصله : أنه لو ادعى الشراء من المالك وأنه وكله بقبضه فأنكر ذو اليد الوكالة ، وعجز المدعى عن إثباتها للمدعى أن يحلف ذا اليد على أنه لم يوكله بقبض ماباعه إياه مما هو تحت يد المدعى عليه على البتات ولكن فى تحليفه حينئذ على البتات تأمل لأنه تحليف على فعل الغير فلذا اضطربت عباراتهم فى هذه المسألة وحاصل كلام الشارح للمدعى : أى مدعى الشراء من الغائب وتوكيله إياه بالقبض إذا جحد مدعى الإيداع توكيله إياه وعجز عن البرهان أن يحلف مدعى الإيداع بالله ماوكله الغائب بقبض ماباعه إياه على البتات لاعلى العلم لكن ينظر هل هذا موافق لعبارة الدرر فيصح عزوه إليها ويمكن حمل كلام الدرر على ما إذا ادعى الشراء والتوكيل بالقبض ، فإن برهن قبل برهانه وله أخذه ، فإن عجز عن البرهان ، وطلب يمين مدعى الإيداع على ما ادعى من الإيداع حلف على البتات قال عزمى : وهو صريح عبارة التسهيل حيث قال : وحلف ذو اليد على الإيداع بطلب مدعى البيع إذا لم يكن له بينة على التوكيل اه وعليه فكان على الشارح أن يذكر هذا الفرع فى محله كما نقله صاحب الدرر فتأمل .

وحاصله : أنه لو ادعى الشراء من المالك وأنه وكله بقبضه فأنكر ذو اليد الوكالة وعجز المدعى عن إثباتها للمدعى أن يحلف ذا اليد على أنه لم يوكله بقبض ماباعه إياه مما هو تحت يد المدعى عليه على البتات (قوله وتمامه فى البزازية) وعبارتها كما فى البحر : وإن ادعى ذو اليد الوديعة ولم يبرهن عليها ، وأراد أن يحلف أن الغائب أودعه عنده يحلف الحاكم المدعى عليه بالله تعالى لقد أودعها إليه على البتات ، لاعلى العلم لأنه وإن كان فعل الغير لكنه تمامه به ، وهو القبول وإن طلب المدعى عليه يمين المدعى فعلى العلم بالله تعالى مايعلم إيداع فلان عنده لأنه فعل الغير ولا تعلق له به اه (قوله ابن ملك) ذكر ذلك فى جواب سؤال ورد على دفع الدعوى بأحد الأمور المتقدمة ونصه : فإن قيل ذو اليد خصم ظاهرا ودفع الخصومة عن نفسه تابع لثبوت الملك للغائب ، وهذه البينة لم تثبته ، فكيف يثبت التابع بلا ثبوت الأصل ؟ قلنا : هذه البينة تقتضى أمرين : أحدهما : الملك للغائب ، وهو ليس بخصم فيه إذ لا ولاية له فى إدخال شىء فى ملك غيره بلا رضاه . وثانيهما : دفع الخصومة عنه وهو

. . . .

خصم فيه فكانت مقبولة كمن وكل وكيلا بنقل أمته ، فأقامت بينة أنه أعتقها تقبل فى قصر يد الوكيل عنها ، ولا تقبل فى وقوع العتاق مالم يحضر الغائب والله تعالى أعلم اه .

أقول : وكذا إذا وكله بنقل امرأته فأقامت البينة أنه طلقها ثلاثا تقبل فى قصر يد الوكيل عنها ، ولا تقبل فى وقوع الطلاق مالم يحضر الغائب كما فى الكافى .

[فروع] فى يديه وديعة لرجل جاء رجل ، وادعى أنه وكيل المودع بقبضها ،وأقام على ذلك بينة ، وأقام الذى فى يديه الوديعة بينة أن المودع قد أخرج هذا من الوكالة قبلت بينته ، وكذا إذا أقام بينة أن شهود الوكيل عبيد كذا فى المحيط .

ادعى على آخر دارا فقال ذو اليد : إنها وديعة من فلان فى يدى ، وأقام البينة عليه حتى اندفعت عنه الخصومة ثم حضر الغائب وسلمها ذواليد إليه ، وأعاد المدعى والدعوى فى الدار . فأجاب : أنها وديعة فى يدى من فلان ، وأقام البينة عليه قال : تندفع الخصومة عنه أيضا كما فى الابتداء كذا فى محيط السرخسى إذا ادعى على ذى اليد فعلا لم تنته أحكامه بأن ادعى الشراء منه بألف ولم يذكر أنه نقد الثمن ولا قبض منه ، فأقام الذى فى يديه البينة أنه لفلان الغائب أودعنيه أو غصبته منه لا تندفع عنه الخصومة فى قولهم وإن ادعى عليه عقدا انتهت أحكامه بأن ادعى أنه اشترى منه هذه الدار أو هذا العبد ونقده الثمن ، وقبض منه المبيع ، ثم أقام المدعى عليه البينة أنه لفلان الغائب ، أودعنيه اختلفوا فيه قال بعضهم : تندفع عنه الخصومة وهو الصحيح كذا فى فتاوى قاضيخان فى دعوى الدور والأراضى .

عبد أقام البينة أن فلانا أعتقه وأقام صاحب اليد البينة أن فلانا ذلك أودعه تقبل ، وتبطل بينة العبد ولايحال بينه وبين العبد قياسا ويحال استحسانا ويؤخذ من العبد كفيل بنفسه استيثاقا حتى لايهرب فإذا حضر الغائب فإن أعاد البينة عتق ، وإلا فهو عبد كذا فى محيط السرخسى ، وكذا لو أقام ذو اليد البينة أن فلانا آخر أودعه إياه كذا فى الخلاصة .

لو ادعى العبد أنه حر الأصل فإن أقام ذو اليد البينة على الملك ، وإيداعه تقبل وإن أقام على إيداعه فحسب لا تقبل ، بخلاف الدار وإن برهن على الملك والإيداع وبرهن العبد على حرية الأصل حيل بينهما بكفيل كذا فى الكافى .

عبد فى يد رجل ادعى رجل أنه قتل وليا له خطأ وأقام ذو اليد البينة أن العبد لفلان أودعه اندفعت عنه الخصومة كذا فى الخلاصة .

رجل ادعى على آخر أنه باعه جارية فقال : لم أبعها منك قط فأقام المشترى البينة على الشراء فوجد بها أصبعا زائدة وأراد ردها وأقام البائع البينة أنه برئ إليه من كل عيب لم تقبل بينة البائع . وذكر الخصاف رحمه الله تعالى هذه المسألة فى آخر أدب القاضى وقال على قول أبى يوسف رحمه الله تعالى : تقبل بينته كذا فى شرح الجامع للصدر الشهيد .

ادعى على آخر محدودا فى يده وقال هذا ملكى باعه أبى منك حال ما بلغت وقال ذو اليد باعه منى حال صغرك فالقول قول المدعى كذا فى الفصول العمادية :

اشترى دارا لابنه الصغير من نفسه وأشهد على ذلك شهودا وكبر الابن ولم يعلم بما صنع الأب ثم إن الأب

. . . .

باع تلك الدار من رجل وسلمها إليه ثم إن الابن استأجر الدار من المشترى ثم علم بما صنع الأب فادعى الدار على المشترى ، وقال إن أبى كان اشترى هذه الدار من نفسه فى صغرى وإنها ملكى ، وأقام على ذلك بينة فقال المدعى عليه فى دفع دعوى المدعى إنك متناقض فى هذه الدعوى ، لأن استئجارك الدار منى إقرار بأن الدار ليست لك فدعواك بعد ذلك الدار ، لنفسك يكون تناقضا فهذه المسألة صارت واقعة الفتوى .

مطلب واقعة الفتوى

وقد اختلفت أجوبة المفتين فى هذا والصحيح أن هذا لايصلح دفعا لدعوى المدعى ودعوى المدعى صحيحة وإن ثبت التناقض إلا أن هذا تناقض فيما طريقه طريق الخفاء كذا فى الذخيرة .

ادعى دارا بسبب الشراء من فلان فقال المدعى عليه : إنى اشتريت من فلان ذلك أيضا وأقام بينة وتاريخ الخارج أسبق فقال المدعى عليه : إن دعواك باطلة لأن فى التاريخ الذى اشتريت هذه الدار من فلان كانت رهنا عند فلان ولم يرض بشرائك ، وأجاز شرائى لأنه كان بعد ما فك الرهن وأقام البينة لا يصح هذا الدفع كذا فى الفصول العمادية . ولو كان المدعى ادعى إن هذا العين كان لفلان رهنه بكذا عندى وقبضته ، وأقام البينة وأقام المدعى عليه فى دفع دعواه أنه اشتريته منه ونقدته الثمن كان ذلك دفعا لدعوى الرهن كذا فى فتاوى قاضيخان فى باب اليمين .

ادعى عليه دارا فى يده إرثا أو هبة فبرهن المدعى عليه على أنه اشتراها منه وبرهن المدعى على إقالته صح دفع الدفع كذا فى الوجيز للكردرى .

دار فى يد رجل جاء رجل وادعى أن أباه مات وترك هذه الدار ميراثا له ، وأقام بينة شهدوا أن أباه مات وهذه الدار فى يديه وأخذ هذا الرجل هذه الدار من تركته بعد وفاته أو أخذها من أبى هذا المدعى فى حال حياته وأقام ذو اليد البينة أن الوارث أو أباه أقر أن الدار ليست له فالقاضى يقضى بدفع الدار إلى الوارث هكذا فى المحيط .

رجل ادعى على آخر ضيعة فقال : الضيعة كانت لفلان مات وتركها ميراثا لأخته فلانة ثم ماتت فلانة وأنا وارثها وأقام البينة تسمع ، فلو قال المدعى عليه فى الدفع : إن فلانة ماتت قبل فلان مورثها صح الدفع كذا فى الخلاصة .

رجل ادعى على آخر مائة درهم فقال المدعى عليه : دفعت إليك منها خمسين درهما وأنكر المدعى قبض ذلك منه فأقام المدعى عليه البينة أنه دفع إلى المدعى خمسين درهما فإنه لا يكون دفعا ما لم يشهدوا أنه دفع إليه ، أو قضى هذه الخمسين التى يدعى كذا فى جواهر الفقه .

ادعى على غيره كذا كذا دينارا أو دراهم فادعى المدعى عليه الإيفاء وجاء بشهود شهدوا أن المدعى عليه دفع هذا المال كذا كذا درهما من الدراهم ، ولكن لا يدرى بأى جهة دفع هل يقبل القاضى هذه الشهادة وهل تندفع بها دعوى المدعى ؟ عن بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى : أنه يقبل وتندفع بها دعوى المدعى وهو الأشبه والأقرب إلى الصواب هكذا فى المحيط الكل من الهندية من الباب السادس فيما تدفع به دعوى المدعى وفى نور العين : ادعى إرثا له ولأخيه فقال المدعى عليه إنك أقررت إن أخى باعه منك وسلم وهذا إقرار بأنه ملك الأخ فلا يصح منك دعوى الإرث قيل لا يندفع ، لأنه لم يقر أن أخى باع بيعا جائزا لكن أقر بالبيع فقط ومن أقر أن فلانا

. . . .

باعه، ثم ادعى أنه ملكه يسمع إلا إذا أقر أنه باع بيعا صحيحا جائزا فحينئذ لايسمع دعواه بعده وقيل: اوباع والدار بيده وقت البيع أو قال باع وسلم فهذا يكفى لأنه مما يدل على الملك.

وفيه لو برهن ذو اليد على إقرار الوصى بأنه باعه بوصاية قالوا لا يقبل لا أن يشهدوا أنه وصى من جهة المورث أو القاضى إذ الوصاية لا تثبت بإقراره اه.

الإبراء العام فى ضمن عقد فاسد لا يمنع الدعوى.

أبرأه عن الدعاوى ثم ادعى مالا بالوكالة أو الوصاية يقبل.

لا تسمع دعواه فى شيء من الأشجار بعد ما ساقى عليها.

التناقض يمنع الدعوى لغيره كما يمنعه لنفسه.

من أقر بعين لغيره فكما لا يملك أن يدعيه لنفسه لايملك أن يدعيه لغيره بوكالة أو وصاية لا ينفذ القضاء بالدفع قبل يمين الاستظهار.

الدعوى على بعض الورثة صحيحة.

لا تسمع دعوى الموقوف عليهم إلا بإذن القاضى أو كون المدعى ناظرا.

الخصم فى إثبات النسب خمسة الوارث والوصى والموصى له والغريم للميت أو على الميت كما تقدم.

دعوى الملك لا تصح على غير ذى اليد.

ادعى أنه عم الميت لابد أن يفسر أنه لأبيه أو لأمه وأن يقول هو وارثه ولا وارث له غيره بعد أن ينسب الشهود الميت والمدعى لبنوة العمومة حتى يلتقيا إلى أب واحد بعد دعوى المال.

العبد إذا انقاد للبيع لا تسمع دعواه حرية الأصل بدون بينة.

الابن إذا كان فى عيال الأب يكون معينا له فيما يصنع.

ما اكتسبه الابن يكون لأبيه إذا اتحدت صنعتهما ولم يكن مال سابق لهما وكان الابن فى عيال أبيه، لأن مدار الحكم كونه معينا لأبيه.

القول للدافع لأنه أعلم بجهة الدفع.

دفع إلى ابنه مالا فأراد أخذه صدق فى أنه دفعه قرضا.

يصح إثبات الشراء فى وجه مدعى دين التركة المستغرقة.

التناقض لايمنع دعوى الحرية سواء كانت أصلية أو عارضة.

لاتسمع الدعوى بالعين أنها له بعد ما ساومه عليها.

لاتسمع الدعوى بعد الإبراء العام إلاضمان الدرك، وإلا إذا ظهر شيء للقاصر بعد إبرائه وصيه بعد بلوغه ولم يكن يعلمه.

يدخل فى قوله لا حق لى قبله كل عين ودين وكفالة وجناية وإجارة وحبس.

لا تسمع دعوى الكفالة بعد الإبراء العام.

ادعى نكاح امرأة لها زوج يشترط حضرة الزوج الظاهر.

السباهى لا ينتصب خصما لمدعى الأرض ملكا أو وقفا.

. . . .

الاستيداع يمنع دعوى الملك .

لأحد الورثة حق الاستخلاص من التركة المستغرقة بأداء قيمته إلى الغرماء إذا امتنع الباقون .

ليس له الدعوى على وكيله بقبض الرسومات بما أخذه من الرسومات له بل الدعوى لهم عليه .

إذا برهن على مديون مديونه لا يقبل ، وليس له أخذه منه بدون وكالة أو حوالة .

لايجوز الإبراء عن الأعيان ، ويجوز عن دعواها .

الإرث جبرى لا يسقط بالإسقاط .

هل يشترط حضرة الراهن والمرتهن فى دعوى الرهن : قولان .

هل يشترط حضرة المودع فى إثبات الوديعة ، فيه اختلاف المشايخ .

ادعى الشراء ثم ادعى الإرث تقبل ، وبعكسه لا .

كل ماكان مبنيا على الخفاء يعفى فيه التناقض ، فالمديون بعد قضاء الدين لو برهن على إبراء الدائن ، والمختلعة بعد أداء بدل الخلع لو برهنت على طلاق الزوج قبل الخلع يقبل ، وكذلك الورثة إذا قاسموا مع الموصى له بالمال ثم ادعوا رجوع الموصى يصح لانفراد الموصى بالرجوع .

التناقض إذا كان ظاهرا والتوفيق خفيا لا يكفى إمكان التوفيق ، بل لا بد من بيانه وإلا يكفى الإمكان .

جحد الأمين الأمانة ثم اعترف وادعى الرد لا يقبل إلا ببينة .

التصديق إقرار إلا فى الحدود .

إذا ثبت استحقاقه فطلبه على من تناول الغلة لا على الناظر .

لا تصح دعوى التمليك ما لم يبين أنه بعوض أو بلا عوض .

إذا ادعى المأذون بالإنفاق أو الدفع يصدق إن كان المال أمانة ، وإن كان دينا فى ذمته فلا .

الدعوى متى فصلت مرة بالوجه الشرعى لا تنقض ولا تعاد ما لم يكن فى إعادتها فائدة بأن أتى بها مع دفع أقام عليه البينة فإنها تسمع .

غلط الاسم لا يضر لجواز أن يكون له اسمان .

لا يلزم الابن وفاء دين أبيه من استحقاقه المنتقل إليه عنه فى وقت أهلى .

ادعى بعد ما أقر بالمال : إن بعضه قرض وبعضه ربا يسمع .

مات لا عن وارث وعليه دين لزيد أثبته زيد فى وجه وصى نصبه القاضى له أخذه من التركة .

لا يكلف الأب إحضار ابنه البالغ لأجل دعوى عليه .

لا تصح الدعوى على جميع الضاربين بالبندق إذا أصابت واحدا بندقة فقتلته إذا لم يعلم الضارب .

العبد إذا ادعى حرية الأصل ثم العتق العارض تسمع والتناقض لايمنع الصحة . وفى حرية الأصل لاتشترط الدعوى . وفى الإعتاق المبتدأ تشترط الدعوى عند أبى حنيفة . وعندهما ليست بشرط . وأجمعوا على أن دعوى الأمة ليست بشرط لأنها شهادة بحرمة الفرج فهى حسبة الكل من التنقيح لسيدى الوالد رحمه الله تعالى .

كفل بثمن أو مهر ثم برهن الكفيل على فساد البيع أو النكاح لا يقبل ، لأن إقدامه على التزام المال إقرار منه بصحة سبب وجود المال فلا يسمع منه بعده دعوى الفساد ، ولو برهن على إيفاء الأصيل أو على إبرائه لا يقبل لأنه تقرير للوجوب السابق .

. . . .

ادعى دارا فأنكر ذو اليد فصالحه على ألف على أن يسلم الدار لذى اليد ثم برهن ذو اليد على صلح قبل هذا الصلح صح الصلح الأول وبطل الثانى .

مى وقال كل صلح بعد صلح فالثانى باطل ، ولو شراه ثم شراه بطل الأول ونفذ الثانى .

ولو صالح ثم شرى جاز الشراء وبطل الصلح : أى فى الصلح الذى هو بمعنى البيع ينبغى أن يبطل الأول لا الثانى كما فى الشراء . وأصله أن الشراء الثانى فسخ للأول اقتضاء ، ويعرف بهذا مسائل كثيرة .

(يقول الحقير) : يؤيده ما فى خلاصة الفتاوى قال القاضى الإمام : إن ما فى المنتقى من قوله كل ص ل ح بعد صلح باطل فالمراد به الصلح الذى هو إسقاط ، أما إذا كان الصلح على عوض ثم اصطلحا على عوض آخر فالثانى هو الجائز وانفسخ الأول كالبيع .

يقبل عذر الوارث والوصى والمتولى بالتناقض للجهل .

الإقرار المتأخر يرفع الإنكار المتقدم ، والإقرار المتقدم يمنع الإنكار المتأخر .

ادعى مالا فصالح ثم ظهر أنه لا شىء عليه بطل الصلح .

من دفع شيئا على ظن أنه عليه ثم تبين أنه ليس عليه له الرجوع بما دفع .

دعوى الدفع من المدعى عليه ليس بتعديل للشهود ، حتى لو طعن فى الشاهد أو فى الدعوى يصح من نور العين ومن أراد استيفاء المقصود من مسائل الدفوع فليرجع إليه الفصل الثامن عشر .

وذكر فى المجلة فى مادة ١٨٨ البيع بشرط متعارف بين الناس فى البلدة صحيح ، والشرط معتبر وإن كان فيه نفع لأحد المتعاقدين أولهما ، وإن كان لا يلائم العقد .

وفى ١٩٢ الإقالة بالتعاطى القائم مقام الإيجاب والقبول صحيحة . وفى ٢٢٠ بيع الصبرة كل مد بقرش يصح فى جميع الصبرة . وفى ٣٨٩ كل شىء تعومل بيعه بالاستصناع يصح فيه على الإطلاق إذا وصف المصنوع وعرفه على الوجه الموافق المطلوب ويلزم وليس لأحدهما الرجوع إذا كان على الأوصاف المطلوبة وإذا خالف يكون المشترى مخيرا . وأما ما لا يتعامل استصناعه إذا بين فيه المدة صار سلما فتعتبر فيه حينئذ شرائط السلم ، وإذا لم يبين فيه المدة كان من قبيل الاستصناع أيضا .

وفى ٣٩٨ إذا شرط فى بيع الوفاء أن يكون قدر من منافع المبيع للمشترى صح ويلزم الوفاء بالشرط .

وفى ٤٤٠ الإجارة المضافة صحيحة لازمة قبل حلول وقتها ، وقد صدر الأمر الشريف السلطانى بالعمل بمقتضى ذلك كله فاحفظه والسلام والله تعالى أعلم وأستغفر الله العظيم .

تم الجزء السابع المسمى [قرة عيون الأخيار تكملة رد المحتار] للسيد محمد علاء الدين ، ويليه الجزء الثامن ، وأوله باب دعوى الرجلين

فهرست الجزء السابع

المسمى قرة عيون الأخيار تكملة رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار

للسيد محمد علاء الدين أفندى نجل المؤلف

صحيفة

صحيفة

صحيفة